

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GABRIEL BERNUCI DOS REIS

**A PRESCRIÇÃO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS
DISCIPLINARES DAS FORÇAS ARMADAS**

CURITIBA

2014

GABRIEL BERNUCI DOS REIS

**A PRESCRIÇÃO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS
DISCIPLINARES DAS FORÇAS ARMADAS**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIEL BERNUCI DOS REIS

A prescrição dos processos administrativos disciplinares das Forças Armadas

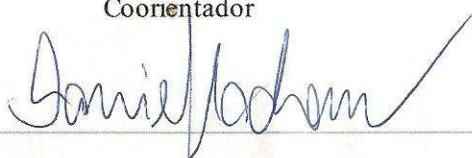
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EMERSON GABARDO

Orientador

Coorientador



DANIEL WUNDER HACHEM

Primeiro Membro



SAULO LINDORFER PIVETTA - Direito Público

Segundo Membro

Dedico este trabalho à minha esposa Fernanda e ao meu filho Alexandre, pois minha família é o meu maior incentivo nesta jornada.

RESUMO

A utilização do instituto da prescrição dentro do processo administrativo disciplinar militar é um assunto que necessita de uma maior atenção. Os servidores das Forças Armadas são denominados militares, podendo ser da Marinha, Exército ou Aeronáutica. Todas essas instituições são baseadas na hierarquia e na disciplina. A própria Constituição Federal reservou grandes restrições aos militares, inclusive de garantias individuais. Para manutenção da hierarquia e da disciplina, cada força tem um regulamento disciplinar elencando as transgressões disciplinares e normas complementares dispendo sobre o rito processual da apuração dessas faltas, que tem como diferença dos outros regimes disciplinares dos servidores públicos a sanção de restrição de liberdade. Quando as faltas disciplinares são graves, há processos administrativos disciplinares que levam à exclusão do servidor da sua instituição, conhecidos como Conselho de Disciplina e Conselho de Justificação, onde há previsão de prazo prescricional, expresso em seis anos. Quando tratar-se de infração que também puder ser tipificada como crime militar, devem ser utilizados os prazos que cuidam da prescrição contidos no Código Penal Militar. Os regulamentos disciplinares são omissos quanto ao prazo prescricional na sua aplicação nos processos disciplinares para as faltas que tem como objetivo aplicar sanções educativas. Para solucionar essa omissão, devem ser usados analogamente o Estatuto dos Servidores Públicos Federais (lei 8.112/90) e subsidiariamente a Lei de Processos Administrativos (lei 9.784/99).

Palavras-chave: Prescrição. Processo administrativo disciplinar. Regulamento disciplinar militar. Interesse público. Regulação estatal.

ABSTRACT

The use of office of prescription within the administrative process military discipline is a subject that needs more attention. The servers of the Armed Forces are called military, and may be of the Navy, Army or Air Force. All these institutions are based on hierarchy and discipline. The Federal Constitution itself has reserved large restrictions on military, including individual guarantees. For maintenance of the hierarchy and discipline, each force has a disciplinary regulation listing the disciplinary transgressions and supplementary rules featuring on the procedural rite of calculating such shortages, which has as the difference of the other disciplinary regimes of public servants the penalty of restriction of freedom. When the disciplinary offense are severe, there are administrative procedures disciplinary measures that lead to the exclusion of the server of its institution, known as Disciplinary Board and Council of Justification, where there is provision for Limitation period, expressed in six years. When it is a violation that can also be epitomized as military offense, must be used the time to take care of prescription contained in the Military Penal Code. The disciplinary regulations are silent as to the limitation period in its application in disciplinary proceedings for the misconduct that has as objective apply educational sanctions. To remedy this omission, should be used analogously the Status of Federal Public Employees (law 8.112/90) and additionally the Law of Administrative Procedures (law 9.784/99).

Key words: Prescription. Administrative procedure disciplinary action. Regulation military discipline. Public interest. State regulation.

SUMÁRIO

PRÓLOGO	8
INTRODUÇÃO	10
1. A DISCIPLINA NAS FORÇAS ARMADAS	12
1.1 AS FORÇAS ARMADAS	12
1.2 OS MILITARES	13
1.3 DIREITO DISCIPLINAR MILITAR	17
1.3.1 O ESTATUTO DOS MILITARES (LEI 6.880/80)	20
1.3.2 OS REGULAMENTOS DISCIPLINARES	21
2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	24
2.1 PROCESSO E PROCEDIMENTO	26
2.2 TIPOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	28
2.2.1 PROCESSO DISCIPLINAR SUMÁRIO	28
2.2.2 SINDICÂNCIA	30
2.2.3 CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO	33
2.2.4 CONSELHO DE DISCIPLINA	37
3. A PRESCRIÇÃO	40
3.1 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO	40
3.2 USO DA PRESCRIÇÃO DO CÓDIGO PENAL MILITAR	43
3.3 ANALOGIA COM A LEI 8.112/90	46
3.4 SUBSIDIARIDADE DA LEI 9.784/99	52
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

PRÓLOGO

Os processos administrativos disciplinares dos militares federais são contrastantes quando comparados ao do servidor público civil federal, porém com a mesma finalidade dos demais processos, que é dar possibilidade de defesa ao acusado. Analisar esses processos foi a forma de avaliar se a Administração Pública previu o uso do repertório jurídico necessário para aplicação do devido processo legal, em específico o da prescrição. O fato de que a Administração Militar aplica regulamentos disciplinares aos seus servidores, questionados quanto a sua constitucionalidade, nos levou a analisá-los quanto a previsão de prescrição no seu ordenamento como representação da segurança jurídica.

A omissão normativa quanto ao tema da prescrição, no caso específico dos processos administrativos disciplinares das Forças Armadas, leva o militar a guardar todo tipo de documento sobre as atividades que produziu por grande período de tempo, buscando amparo para contradizer eventuais punições futuras. Essa incerteza nos leva a constatar que os militares desconhecem o instituto da prescrição e de como ele age nos processos administrativos punitivos na extinção da punibilidade. Mesmo nas poucas normas em que há previsão sobre esse tema, é por demais simplificada, diante dos variados casos que podem ocorrer durante o processo.

Para tomar conclusões sobre esse tema, foi necessário analisar a legislação aplicável para essa classe em matéria disciplinar, para então aplicar os conceitos do Direito administrativo. Diante da escassa jurisprudência sobre o assunto em tela, buscamos fundamentação majoritariamente doutrinária para chegar aos nossos objetivos. Essa carência de decisões judiciais deve-se a pouca demanda de tutela jurisdicional, já que o público afetado é de número reduzido dentro da sociedade e está habituado a todo tipo de restrições, inclusive a de liberdade, além de que o próprio Judiciário parece encará-lo como um grupo ao qual são cabíveis exceções em nome da hierarquia e disciplina.

Quanto à pesquisa sobre o Direito administrativo militar, aparecem poucos autores que realmente oferecem um estudo conclusivo sobre o processo administrativo disciplinar militar e não apenas um comparativo com o pensamento doutrinário sobre o processo administrativo disciplinar *latu sensu*. Isso reflete também a restrita procura em responder as questões do Direito militar. Apesar de

que também utilizamos desse comparativo para destacar a excepcionalidade da legislação aplicável aos militares. Quanto ao assunto comum ao Direito Administrativo, as fontes são mais amplas e procuramos analisar as questões sob o raciocínio da norma com sua conformidade constitucional, assim como os ensinamentos dos autores que melhor explicaram o tema selecionado, colaborando com a sua aplicação fática. Como a matéria aborda conceitos de punição, houve necessidade de complementar o estudo com a doutrina e legislação penal, tendo em vista que ela é utilizada para suplementar a área administrativa disciplinar.

O que almejamos no início desse trabalho era encontrar respostas dentro do Direito diante da omissão legislativa ou da tímida previsão normativa da aplicação da prescrição. Para isso, recorrer aos autores que defendem o uso hermenêutico das normas contextuais nos pareceu o caminho mais viável para solucionar essa problemática.

A segurança jurídica que o correto uso da prescrição, possibilita ao militar, assim como para o servidor público civil, espaço para que este desempenhe melhor seu trabalho, desestimulando a burocracia excessiva que tomou forma dentro da Administração Militar. Do mesmo modo que deve estimular a rápida apuração de faltas administrativas com intuito de não deixar que a Administração seja ineficaz pela procrastinação e consequente perda de prazo.

INTRODUÇÃO

Ao analisar os diversos processos que existem no mundo jurídico, verifica-se que existem aspectos comuns em todos os ramos do Direito. Uma dessas similaridades é de como o transcorrer do tempo afeta o processo e o próprio direito material. Dentre um dos seus efeitos, está a extinção da punibilidade e uma das suas formas de sua ocorrência se dá pela prescrição.

Estudar a ocorrência da prescrição é necessário para que haja segurança jurídica dentro do regime jurídico de cada ramo profissional existente. No caso das instituições militares, seus servidores estão mais intensamente permeados por regras e normas, que direta ou indiretamente, são estabelecidas para o disciplinamento do exercício de suas atividades. Para compreender a correta aplicação dessa normatização, estudar o direito administrativo é de suma importância, já que ganhou maior relevo com o advento da atual Constituição e pode equilibrar a aplicação do poder sancionador a favor do militar.

Esse estudo irá abordar inicialmente a particularidade do servidor militar, visto pelo ordenamento jurídico de modo diferenciado tendo em vista sua atividade fim. O primeiro capítulo tem por objetivo delimitar o que são as Forças Armadas, quem são os militares e a partir disso será explicada a influência da disciplina nas Forças Armadas, que para esse fim se utilizam de regulamentos disciplinares com sanções rigorosas. Para isso, serão expostas de modo geral as características do militar do ponto de vista legal assim como o seu regime jurídico. Também serão apresentadas as diversas situações em que os militares se apresentam durante o serviço e na aposentadoria, para delimitar a quem se aplica o Direito disciplinar. Os regulamentos disciplinares serão analisados quanto a sua legalidade e como delimitam o processo disciplinar em cada força.

A partir dessa diferenciação será possível demonstrar a legislação normatizadora do processo administrativo disciplinar militar que será o objetivo do capítulo 2. Será necessário inicialmente delimitar o que seja processo a partir de sua negativa, que será conseguir diferenciar o que não é processo, utilizando-se a diferenciação de processo e procedimento. Com essa classificação será possível elencar e explicar quais são os processos administrativos disciplinares existentes, assim como a capacidade sancionatória de cada um.

Por último, no terceiro capítulo, o objeto de estudo será a prescrição em si, a partir do conceito desse instituto já arraigado nos outros ramos do direito e do Direito administrativo em especial. Logo, o que tentará ser respondido é de como a prescrição atua no Direito disciplinar militar, a partir do que foi compreendido como processo administrativo disciplinar e seus efeitos. Assim como será apresentado soluções de acordo com o Direito administrativo para eventuais lacunas normativas sobre a prescrição. Para isso, serão utilizadas as leis que estabelecem as melhores condições de aplicação da prescrição em matéria disciplinar, e também outras normas vinculantes quanto assunto do processo administrativo federal. A incidência de outros ramos do direito no Direito administrativo, assim como de mandamentos constitucionais também serão utilizados como forma de ampliar o entendimento sobre o instituto em estudo.

1. A DISCIPLINA NAS FORÇAS ARMADAS

1.1 AS FORÇAS ARMADAS

Atualmente no Brasil, a composição das Forças Armadas é integralizada pela existência de três instituições: Marinha, Exército e Aeronáutica, congregadas dentro do Ministério da Defesa. Todas são comandadas por oficiais-generais do posto mais alto permitido em tempos de paz, designados para a função pelo Presidente da República e coordenados pelo Ministro da Defesa, geralmente um civil. Essas instituições são garantidoras da soberania do país, que é o primeiro princípio fundamental elencado na Constituição.¹ Sua existência no ordenamento jurídico emana do *caput* do art. 142 da Constituição Federal de 1988:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Examinando este artigo, é possível tecer algumas considerações. Por instituições nacionais, entende-se que as Forças Armadas receberam da Carta Magna um caráter constitucional, e da definição de permanentes e regulares, que elas não poderão ser dissolvidas, a não ser por decisão de nova Assembleia Nacional Constituinte e que necessita manter um efetivo suficiente para seu funcionamento normal.² Deste dispositivo, extraí-se o que torna a atividade militar singular das demais, que é o apreço exacerbado pela hierarquia e pela disciplina.

A hierarquia pode ser compreendida como a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações,³ pois no mesmo entendimento de que existe o direito de ordenar, o superior também terá a faculdade de punir, exercitando sua competência de controlar e fiscalizar os atos dos subordinados.⁴ A disciplina pode ser compreendida como a “rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento

¹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 20.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 774-775.

³ Art. 7º - Decreto 4.346, de 26.08.2002 – Regulamento Disciplinar do Exército.

⁴ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 70.

do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar”.⁵ Considerada como sua maior expressão, a pronta obediência às ordens dos superiores hierárquicos.⁶ Esses dois institutos estão de tal forma arraigados à atividade militar que seria impossível não conectá-los na previsão constitucional. O peso da disciplina é tão importante que acabou por afastar o *habeas corpus*, remédio constitucional consagrado no art. 5º, inciso LXVIII, mas que é excepcionado no art. 142 nos casos de punições disciplinares: “§ 2º. Não caberá *habeas-corpus* em relação a punições disciplinares militares.”

Quanto a sua finalidade, três objetivos no texto constitucional são percebidos: defesa da Pátria, que é entendida como a defesa externa, de ameaças e ataques de outro Estado ou organização que procure macular a soberania nacional; garantia dos poderes constitucionais, atuando como defensor das instituições autorizadas pela Constituição, mantendo o prestígio estatal através da estabilidade delas; e a garantia da lei e da ordem, apresentando seu papel de último recurso para preservação do poder coativo do Estado em fazer respeitar a legalidade, tendo como missão a tranquilidade interna.⁷

Como os militares são dispostos a tratar e manter uma situação de preparo para qualquer eventualidade, em tempos de paz essas instituições se manterão como se estivessem prontas para uma aplicação emergencial como é a guerra. Todo tratamento diferenciado proferido a essa classe é consequência dessa linha de pensamento.

1.2 OS MILITARES

O § 3º do art. 142, consigna como militares “os membros das Forças Armadas”. De acordo com Marçal Justen Filho, eles são os agentes estatais investidos de funções de coação física na defesa da soberania nacional.⁸ São servidores públicos *latu sensu*, podendo ser federais, no caso os integrantes das Forças Armadas, ou militares estaduais, como designa o art. 42 da Constituição Federal os integrantes das Polícias Militares e Bombeiros Militares dos Estados e do

⁵ Art. 8º - Decreto 4.346, de 26.08.2002 – Regulamento Disciplinar do Exército.

⁶ Significado encontrado em todos os regulamentos disciplinares: RDE, art. 8º, §1º, inc. II, RDM, art. 2º, parágrafo único; e RDAER, art.3º.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* ... p. 773.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.845.

Distrito Federal⁹. Aspecto de destaque é que as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares são considerados forças auxiliares e reserva do Exército,¹⁰ o que as torna receptíveis as influências em termo de normatização dessa força militar. Podemos constatar isso pelo uso do RISG (Regulamento Interno de Serviços Gerais) do Exército, que dispõe sobre as normas relativas às atribuições e às responsabilidades ao exercício das funções de seus integrantes, ainda por alguns corpos policiais militares, na falta de um regulamento específico para si.¹¹

Os militares são divididos em duas classes: oficiais e praças. Dentro de cada classe, existe um escalonamento hierárquico,¹² mas em regra, os oficiais são preparados para comandar e as praças são os executores e auxiliares dos primeiros, sendo que os oficiais recebem carta patente, que decorre de previsão constitucional.¹³ A carta patente é diploma onde está definido o posto do oficial, bem como os poderes, os deveres e as responsabilidades em que o mesmo é investido. As praças adquirem estabilidade ao completarem dez anos de serviços e os oficiais são obrigados a permanecer no serviço ativo por pelo menos cinco anos após a sua formação, sob o ônus de ter que ressarcir à União dos gastos com a sua formação se solicitarem demissão. Condições diferentes daquela prevista no caput do art. 41 da Constituição, que limita em três anos o período de que precisa o servidor público para adquirir estabilidade. Qualquer tratamento genérico entre servidores públicos civis e militares que a Constituição de 1988 em sua redação original estipulou, foi desfeito pela Emenda Constitucional nº 18/98,¹⁴ deixando de enquadrar o militar como servidor público,¹⁵ reservando a expressão “servidor” no texto constitucional para os servidores públicos civis.

Quanto a sua situação junto a Administração Militar, os militares podem ser da ativa ou da inatividade.¹⁶ São militares da ativa: os de carreira, aprovados através de concurso público, os que estão na condição de alunos dos centros de formação e

⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 32-33.

¹⁰ Constituição Federal - Art. 144, § 6º: “As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

¹¹ Essa é a realidade das Polícias Militares nos Estados do Pernambuco e do Rio Grande do Norte por exemplo.

¹² Os oficiais são divididos em postos e as praças em graduações.

¹³ Art. 142, §3º, inc. I da Constituição.

¹⁴ O art. 2º da EC nº 18/98 remeteu o tratamento jurídico dos militares das Forças Armadas para o §3º do Art. 142.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo...* p.846.

¹⁶ Art. 3º - Lei 6.880, de 9.12.1980.

os que prestam o serviço militar obrigatório inicial ou a sua prorrogação. São considerados como na inatividade: os da reserva remunerada e os reformados, sendo estas categorias, com caráter de aposentadoria, nas quais o militar ingressa satisfeitas as exigências legais, com a diferença que a reserva pode ser convocada para prestar serviço militar se necessário e os reformados não. Ingressam na inatividade após completar o tempo necessário de serviço, hoje alcançados com 30 anos,¹⁷ por não ter mais condições de desempenhar as atividades castrenses¹⁸ ou ter atingido a idade limite conforme a lei.¹⁹ Os seus dependentes percebem, no caso de seu falecimento ou extravio, a pensão militar, pela qual contribui na ativa e também da reserva.

A sindicalização, a greve e a filiação a partidos políticos são proibidas aos militares pelo ordenamento constitucional,²⁰ claramente no sentido de ficarem isentos de serem cooptados por meios que preguem a desordem, preservando sua função constitucional e a sociedade da calamidade que grupos armados que obedecessem a outras lideranças que não fossem seus chefes funcionais. Isso não impossibilita a sua candidatura eleitoral, possível apenas aos estabilizados, que para isso retiram-se em licença durante o período que se manter candidato a cargo político.²¹ Aos conscritos, existe o impedimento do alistamento eleitoral conforme §2º do art. 14 da Constituição, motivada pela falta de acesso à propaganda veiculada durante as eleições e pela necessidade da sua total disposição nos dias de eleição,²² mesmo que com isso se atrase a maioria eleitoral desses cidadãos.²³

Nenhum militar da ativa é considerado como na mesma situação de autoridade a outro semelhante dentro da mesma hierarquia, pois alguém sempre terá precedência sobre o outro. É o que chamam de antiguidade, sendo o “mais

¹⁷ Art. 97- Lei 6.880, de 9.12.1980.

¹⁸ Art. 106, II e ss. - Lei 6.880, de 9.12.1980.

¹⁹ Art. 106, I - Lei 6.880, de 9.12.1980.

²⁰ Art. 142, §3º, IV e V.

²¹ Portaria nº 043 - DGP, de 16.08.2000: A aparente contradição entre a exigência de filiação partidária para a elegibilidade (Art. 14, § 3º, Inciso V - CF/88) e o impedimento do militar enquanto em efetivo serviço de filiar-se a partido político (Art. 142 §3º, Inciso V - CF/88) foi sanada por entendimento já firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral (Resolução do TSE nº 19.509, publicada no Diário da Justiça de 25 Abr 96, Seção 1, pág. 12.933), no sentido de que, do militar alistável e elegível, não é exigida a prévia filiação partidária, sendo bastante o pedido do registro da candidatura, apresentado pelo partido e autorizado pelo candidato.

²² SALGADO, Eneida Desirée. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte, MG: Forum, 2007. p. 191.

²³ SALGADO, Eneida Desirée. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte, MG: Forum, 2010. p.36.

antigo” o que tem precedência e “mais moderno” o que está sujeito à precedência do seu par, utilizando-se para aferir tal distinção a data de nomeação à hierarquia atual, ou se coincidente a precedência classificatória ou da idade, conforme preconiza o Estatuto dos Militares. A promoção é realizada considerando os critérios da antiguidade e do merecimento. Esse último, leva em conta o comportamento do militar, seus méritos e deméritos.

Qualquer cidadão apto fisicamente pode ingressar em qualquer uma das forças armadas através de três possibilidades: o serviço militar obrigatório, concurso público ou processo seletivo simplificado.²⁴ O serviço militar obrigatório é prestado pelos jovens do sexo masculino a partir dos 18 anos, selecionados para essa incumbência, que após terem prestado o tempo definido, a critério de cada força e se forem voluntários, podem permanecer no serviço ativo até antes de completarem 10 anos de serviço militar. Após esse período terminar, vão para reserva não remunerada, no caso dos oficiais, ou simplesmente perdem o vínculo com a instituição, no caso das praças, ficando em condições de serem convocados para manobras, exercícios, manutenção da ordem interna ou guerra, até completarem 45 anos de idade. No caso dos oficiais o limite é de 60 anos.

Por certame público, podem ingressar tanto homens quanto mulheres, de acordo com a idade e escolaridade ou especialidade, na quantidade de vagas estabelecidas em edital. Os militares que dessa forma ingressam em sua força, são destinados a seguir a carreira militar até completarem seu tempo de serviço, para então ingressar na reserva remunerada ou serem reformados. Por último, há o processo seletivo simplificado, que também faz parte do serviço militar, mas de caráter voluntário. Nele ingressam também homens e mulheres, de acordo com idade e especialidade, nas aéreas de interesse de cada instituição, para preencher vagas necessárias ao bom andamento do serviço. São de caráter temporário e nas mesmas condições do militar que mantém o vínculo após o término do serviço militar obrigatório.

Além disso, há um ramo especial da Justiça para lidar com os crimes previstos no Código Penal Militar, elaborado para os crimes de militares em serviço,

²⁴ Não há reserva de vagas para pessoas com deficiências físicas, como preconiza o inciso II do Art. 37 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.

denominada Justiça Militar da União. O Ministério Público Militar é uma instituição essencial a essa justiça especializada.

Com base nessas dessemelhanças apresentadas sobre o tratamento diferenciado dado aos militares, é possível constatar que existe a peculiaridade da atividade dos militares, que em matéria de Direito têm uma normatização diferenciada do restante dos funcionários públicos e de qualquer trabalhador em geral, através de uma legislação específica que tutela seus bens e valores.

1.3 DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

A Administração Pública, sendo uma entidade abstrata, está contida pelo Poder Executivo, que vista do seu plano funcional e organizacional, é representada pelos diversos órgãos e entes estatais que produzem bens e serviços à população e também por suas atividades. Dentro dela, há os servidores públicos, que são aqueles que tornam concretos os seus atos, fazendo a gestão dos serviços prestados. Para cada categoria de servidor público, haverá a incidência de um regime disciplinar que aplicará as devidas sanções disciplinares decorrentes dos ilícitos administrativos.²⁵ Desses servidores será exigido o cumprimento de princípios éticos, para garantir a normalidade desses serviços e atividades. A partir desse raciocínio, o Estado pode tomar medidas para responsabilizar e punir disciplinarmente os servidores que não cumpram com os seus deveres.²⁶

Além disso, o princípio geral de toda atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum, que não representa simplesmente a soma de todos os bens individuais, mesmo porque os bens individualmente considerados podem conflitar com os gerais. Como deve haver essa sujeição dos interesses particulares ao bem comum,²⁷ que a Constituição Federal referiu-se como objeto fundamental de toda sua atividade no seu art. 3º,²⁸ não é estranho ao direito

²⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 52,291 e 338.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 119.

²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.25-26.

²⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

IV - **promover o bem de todos** (grifo nosso), sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

disciplinar, sancionar certas condutas, que em tese conflitariam com o bom desempenho do servidor público na sua função. Constata-se essa sujeição, por exemplo, na proibição prevista no art. 29 do Estatuto dos Militares, do militar da ativa exercer gerência ou ser sócio em qualquer atividade empresarial, a não ser como acionista ou quotista em sociedade anônima ou limitada, já que o militar deve dedicação exclusiva ao serviço, de acordo com o art. 5º do referido estatuto.²⁹ O princípio constitucional da supremacia do interesse público busca que prevaleça o bem comum, considerando os indivíduos como membros de uma coletividade, o que permite que a Administração tenha adequados poderes para alcançar essa situação.³⁰

O Direito administrativo disciplinar é Direito sancionatório interno, em sentido amplo, de todos os agentes públicos, em sentido estrito dos servidores públicos, que tem como pressuposto a competência constitucional da Administração Pública para impor modelos de conduta e as respectivas sanções aos seus servidores que incidam em condutas administrativamente reprováveis,³¹ sua criação recente evoluiu dessa relação jurídica entre os servidores e a Administração Pública. Está inserido dentro do Direito administrativo, de onde emana sua normatização e princípios, relacionando-se com outros ramos do Direito, mais estreitamente com o Direito Penal.³² Porém, há autonomia do direito administrativo sancionatório em face do Direito penal, e podemos constatar a distinção entre a sanção disciplinar da criminal nos seus fundamentos e na natureza das penalidades, lembrando que não se aplica *bis in idem* na cumulação das duas sanções, administrativa e penal.³³

Deve-se configurar o que seja o ilícito administrativo, para não confundi-lo com o ilícito penal, que vai estar elencado no Código Penal e no Código de Contravenções Penais. Ele ocorre pelo descumprimento de um dever jurídico e a sanção administrativa é sua consequência, viabilizada através do poder punitivo do Estado. A distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal é estabelecida através do regime jurídico de cada sanção, atribuída através de uma política legislativa. A

²⁹ A exceção a essa regra foi garantida pela EC nº 77/14, pela qual os profissionais de saúde podem acumular cargos públicos.

³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte, MG: Forum, 2011. p.116, 121.

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar...* p. 32-34.

³² ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 63.

³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34.

gravidade do ato ou os bens jurídicos que atingem não definem por si só a classificação desse descumprimento.³⁴ Apesar de que na definição dos regulamentos disciplinares militares, a diferença entre um e outro seja pela gravidade do fato, como expressa o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica ao definir em seu art. 8º que o crime é uma ofensa mais grave ao mesmo dever que transgressão disciplinar ofende. O ilícito administrativo, visto pelo plano estrito da disciplina interna, é resultado de uma conduta omissiva ou comissiva praticada no desempenho de cargo, emprego, função ou mandato, propiciada de incursão no rol de proibições constitucional ou estatutariamente elencadas e consideradas como deveres. Diferente do sentido amplo, quando o ilícito administrativo é uma decorrência da ação ou omissão das relações administrativas a partir de uma contrariedade com regras legais, éticas e morais.³⁵

Das regras jurídicas vinculadas ao Direito disciplinar, decorre o regime disciplinar. Pode-se entendê-lo como as normas e princípios que estão expressos na Constituição, leis e estatuto sobre o servidor destinatário desse regime.³⁶ Ele dá origem ao poder disciplinar, por manifestação da hierarquia, que ocorre de maneira discricionária sobre julgamento da ilicitude, pois a autoridade pode optar dentre as opções legais, qual é a correta.³⁷

Segundo as regras estabelecidas pela Constituição Federal, os regimes disciplinares são divididos em:

- a) Regime Disciplinar dos Servidores Públicos (civis);
- b) Regime Disciplinar dos Militares;
- c) Regime Disciplinar dos trabalhadores da atividade privada (regime celetista).³⁸

Os militares tem um regime disciplinar estabelecido por seus regulamentos disciplinares, que no âmbito das três forças armadas, são muitos semelhantes. Porém, quando comparado com o regime disciplinar dos servidores públicos civis e

³⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito administrativo sancionador: as Sanções Administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37, 57-61.

³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar...* p. 36.

³⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 337.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94, 212.

³⁸ MANOEL, Élio de Oliveira; ARDUIN, Edwayne A.A. *Direito disciplinar militar: teoria, prática e doutrina*. Curitiba: AVM, 2004. p.16.

dos trabalhadores em geral, observa-se que no regime dos militares há sanções restritivas de liberdade que podem perdurar por até 30 dias, sem previsão similar para os civis. Ao que se diferencia o Direito disciplinar militar principalmente por envolver a restrição de liberdade, não protegida por *habeas corpus*.

Assis analisa que o Direito disciplinar militar deriva da relação com outros ramos do Direito: O Direito militar, que é composto pela legislação que se refere à organização e ao funcionamento das Forças Armadas e Forças Auxiliares; o Direito administrativo militar, definido pelo autor como o “conjunto harmônico de princípios jurídicos próprios e peculiares que regem as instituições militares, seus integrantes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado e fixados na Constituição Federal”; e por fim chega ao Direito disciplinar militar, ocupado com a relação derivada dos regulamentos disciplinares e suas punições, na relação dos Comandantes, Diretores e Chefes militares com seus subordinados.³⁹

1.3.1 O ESTATUTO DOS MILITARES (LEI 6.880/80)

Os militares possuem um estatuto próprio, o Estatuto dos Militares (Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980). Nele estão delineados os direitos e prerrogativas dessa categoria. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, os servidores públicos estão enquadrados dentro do gênero agentes públicos, que por sua vez se dividem em: agentes políticos, servidores estatais e particulares em colaboração com a Administração. Para esse estudo, interessa a classificação dos servidores estatais, na qual pode-se englobar os militares através do seu cargo público, sendo que alguns são titulares de função pública, pelo exercício do comando, chefia ou direção de Organização Militar. Por isso mesmo, a relação entre esses titulares de cargo público e o Poder Público é de natureza estatutária.⁴⁰ Esse é o regime jurídico dos militares.

A Lei 6.880/80 atribui em seu art. 47, competência aos regulamentos disciplinares para definições de transgressões ou contravenções disciplinares, limitando em 30 dias o prazo máximo das sanções disciplinares:

³⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p.67.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 247-256.

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

§ 1º As penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.

§ 2º À praça especial aplicam-se, também, as disposições disciplinares previstas no regulamento do estabelecimento de ensino onde estiver matriculada.

1.3.2 OS REGULAMENTOS DISCIPLINARES

Não é difícil de imaginar o quão desastroso seria, em uma situação de conflito real, a demora na execução de ordens ou o questionamento delas, tomando em consideração a existência do recrutamento obrigatório,⁴¹ ou seja, cidadãos que podem estar cumprindo o serviço militar contra a própria vontade. Além do mais, essa atividade exige um sacrifício exacerbado, em caso extremo o da própria vida, portanto mais penoso ou insalubre que as demais atividades. O regime disciplinar, por esses motivos, acaba sendo rígido e severo, mas não pode suprimir os direitos dos que se submetem a essas regras.⁴²

Conforme ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, regulamento não é um *nomen juris* que isola com precisão uma categoria de atos uniformes. Na verdade é um designativo utilizado para recobrir atos de virtualidades jurídicas distintas, que deveria ser expedido pelo Legislativo, pelo caráter geral e abstrato que possuem.⁴³ Hely Lopes Meirelles atribui que é competência exclusiva dos Chefes do Executivo criar ou modificar regulamentos, com a mesma normatividade que a lei, desde que não ultrapasse a alçada legal de que dispõe o Executivo.⁴⁴

Em consequência, o denominador encontrável para radicalizar atos compreendidos sob tal nome é tão somente o caráter geral e normalmente abstrato que possuem, além da circunstância de serem expedidos por órgão diverso daquele ao qual esteja cometida a edição de leis, ou seja, tudo o que não derive do Legislativo. O Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM) foi editado pelo decreto

⁴¹ O Brasil ainda adota o serviço militar obrigatório, de acordo com o Art. 143 da Constituição, regulado pela Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964.

⁴² ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p 18.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* p 339.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 162.

88.545, de 26 de julho de 1983,⁴⁵ o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE) pelo decreto 4.346, de 26 de agosto de 2002, e o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER) pelo decreto 76.322, de 22 de setembro de 1975.

No que tange à recepção dos decretos instituidores dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, pode-se utilizar a explicação de Michel Temer de que a Constituição recebeu a ordem normativa anterior com o que fosse compatível, fenômeno constitucional chamado de recepção, mas quando estes instrumentos são recepcionados, muitas vezes elas ganham uma nova “roupagem”. Os decretos passaram a ter natureza de lei ordinária.⁴⁶

Para uma parte da doutrina, como o autor Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, a previsão constitucional da reserva legal estabelecida pelo art. 5º, LXI, não foi obedecida pela edição do RDE e do RDM, já que a Constituição de 1988 recepcionou os regulamentos editados por decretos equiparando-os a leis ordinárias.⁴⁷ Todavia, houve mudança nos regulamentos do Exército e da Marinha novamente por meio de decretos, editados após a promulgação da nova Constituição, com intuito de adequá-los ao novo ordenamento jurídico. Isso não seria possível pela leitura do texto constitucional, como será abordado adiante, levando o Procurador-Geral da República a impetrar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o RDE.⁴⁸ O Supremo Tribunal Federal não deu conhecimento da ADI, por inépcia da ação.⁴⁹

O restante da doutrina, onde destaca-se Jorge Cesar de Assis, defende a constitucionalidade dos regulamentos disciplinares estabelecidos por decretos, por visualizar que o art. 47 da Lei 6.880/80 autorizou que cada força estabelecesse sua normatização sobre as contravenções ou transgressões disciplinares, adotando o princípio da legalidade ampla.⁵⁰ Essa não parece que seja a resposta mais adequada a questão.

⁴⁵ Foi alterado pelos decretos 93.665, de 09.12.1986, 94.387, de 29.05.1987, e pelo 1.011, de 22.12.1993.

⁴⁶ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 38.

⁴⁷ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 64-66.

⁴⁸ ADI 3.340-9 -DF – Rel. Min. Marco Aurélio, protocolada em 08.11.2004.

⁴⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p 84-86.

⁵⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p 90.

Como o que está escrito na Carta Magna, desde sua promulgação, já tem aplicabilidade, seja imediata ou mediata,⁵¹ é possível analisar o texto constitucional combinando o §2º do art. 142 com o inciso LXI do art. 5º e constatar que a Constituição reservou às punições disciplinares militares a exclusividade do não cabimento de *habeas corpus*, porém, a prisão será autorizada às transgressões militares definidas em lei, que na verdade foram definidas por decretos. Esses atos ficaram a desejar quanto a sua conformidade com o princípio do Estado Democrático de Direito, que tem como elementos o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais, sendo que a liberdade é uma delas, assim como a participação do cidadão na elaboração das leis, que em nosso sistema democrático é realizado pelo Legislativo.⁵² Apesar da alegada inconstitucionalidade, os tribunais têm admitido o uso dos regulamentos disciplinares como fonte das sanções disciplinares:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PUNIÇÃO DISCIPLINAR DE MILITAR. ESTATUTO DOS MILITARES (LEI 6.880/80). RECEPÇÃO PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO (DECRETO 4.346/2002) CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. VERBAS SUCUMBENCIAIS. DESCONTO EM FOLHA. IMPOSSIBILIDADE. - A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXI, ressalva a possibilidade de haver prisão em casos de transgressões e crimes militares que estejam definidos em lei, mesmo que não seja em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. - O artigo 47 da Lei 6.880/80 não conflita com o regramento constitucional que foi estabelecido no mencionado artigo 5º, inciso LXI, já que a lei estabeleceu as contravenções e transgressões disciplinares, delegando a sua especificação para regulamento das Forças Armadas, circunstância que evidencia a sua recepção pela Constituição Federal. (TRF-2 - AC: 201051010002112, Relator: Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, Data de Julgamento: 19/06/2012, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 29/06/2012)

PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DISCIPLINAR MILITAR. ART. 47 DA LEI 6.880/80. A disciplina sobre prisão e detenção militar contida no Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346, de 26-08-2002) está amparada no art. 47 da Lei nº 6.880/80, não havendo que se falar em violação ao princípio da reserva legal. (TRF-4 - HC: 40183 RS 2009.04.00.040183-6, Relator: SEBASTIÃO OGÉ MUNIZ, Data de Julgamento: 24/11/2009, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 03/12/2009).

As transgressões são classificadas em leves, médias e graves, sendo que não há critério expreso para gravidade de cada infração tipificada, a escolha é

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.81-83.

⁵² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 75.

discricionária e parte da autoridade julgadora, que leva em conta a pessoa do infrator, as causas que levaram à infração e as consequências desenvolvidas a partir da falta. As penas disciplinares proporcionalmente aplicadas a partir da gravidade, a partir das definições em cada regulamento disciplina, são muito semelhantes entre si, apresentando poucas variações em cada força armada. São aplicadas em prazo e forma diferentes, dependendo do grau hierárquico do infrator, quanto mais graduado, mais branda é a forma de punição. Essas penas são definidas na seguinte classificação:

a) Admonitória: são essas as penas de advertência e repreensão, na qual o militar é censurado verbalmente ou expressamente. É a forma mais branda das punições.

b) Restritivas de liberdade: tem caráter de restringir a liberdade do militar, podendo ser aplicadas de forma mais branda, com cerceamento da liberdade dentro da área militar, até a forma mais rígida pela prisão celular.

c) Restritivos de direitos: na Aeronáutica há uma pena constituída na proibição do uso do uniforme.

d) Exclusórias: são constituídas pelas penas de licenciamento a bem da disciplina, exclusão a bem da disciplina para praças e demissão para oficiais. Essas penas retiram o vínculo do militar com sua instituição.⁵³

2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O § 1º do art. 41 da Constituição prevê a garantia do processo administrativo disciplinar para a perda do cargo do servidor estável⁵⁴, no caso dos servidores públicos civis,⁵⁵ ficando omissa o texto constitucional em relação aos militares no art. 142, o que constatamos existir no texto infraconstitucional, no estudo da Lei. 6.880/80 e suas normas complementares.

A prestação da jurisdição administrativa militar é o motivo que dá início a ação administrativa disciplinar, que pode ser proposta pela Administração ou pelo próprio infrator, se invocar o *status* de vítima. Essa ação é chamada de processo

⁵³ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo* ... p. 124.

⁵⁴ “§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:
(...)”

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;”

⁵⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*... p.59.

administrativo disciplinar, sob jurisdição da Administração Pública, só tendo validade internamente e não exclui a jurisdição do Poder Judiciário. A resolução dos conflitos de natureza disciplinar irão se desenvolver sobre esses elementos, da ação, jurisdição e do processo.⁵⁶ O Poder Judiciário pode e faz o controle das ações judiciais decorrentes desses atos disciplinares militares, quanto a legalidade do ato, não quanto ao mérito deles.⁵⁷

O que ocorre é que as leis administrativas não se preocupam com as disposições processuais, mas com as definições materiais das faltas disciplinares. Em parte, isso se deve à falta de um código administrativo, que poderia normatizar todos os ramos de processos administrativos. Por isso, na busca de responder problemas de ordem processual, não resolvidos pelas próprias normas administrativas, busca-se soluções nos outros ramos do Direito para questões análogas. No caso do processo administrativo disciplinar, pela sua natureza sancionatória, é no Direito penal que vamos solicitar os pressupostos processuais por analogia. Há quem defenda, que deve haver simetria processual entre o processo penal e o administrativo disciplinar com extensão de todas suas garantias aos acusados,⁵⁸ opinião que não parece a mais acertada, por ser o Direito penal ramo que lida com temas muito mais complexos e de sua finalidade pela pacificação social, diferente da finalidade de correção interna da Administração.

No art. 94 do Estatuto dos Militares, que limita as causas de saída do serviço ativo, encontra-se a exclusão à bem da disciplina (inciso VIII), que pode se dar por decisão do Conselho de Disciplina ocorrendo de forma *ex officio* (art. 121, §3º, c) no caso das praças especiais ou estabilizadas.⁵⁹ Para os oficiais, existe a possibilidade também por perda do posto e patente, quando for declarado indigno ou incompatível para o oficialato, por decisão de Conselho de Justificação em que for considerado

⁵⁶ MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade*. Leme: LED, 1997. p. 113-114.

⁵⁷ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 67.

⁵⁸ Nesse sentido temos Eliezer Pereira Martins e Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, nas obras citadas no presente trabalho *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade* p.55 e *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática* p. 4, respectivamente.

⁵⁹ Art. 125: A exclusão a bem da disciplina será aplicada *ex officio* ao Guarda-Marinha, ao Aspirante-a-Oficial ou às praças com estabilidade assegurada:

(...)

III - que incidirem nos casos que motivarem o julgamento pelo Conselho de Disciplina previsto no artigo 49 e nele forem considerados culpados.

culpado, sendo demitido *ex officio* (art. 119).⁶⁰ Apresenta-se a ampla defesa como garantia do acusado nas normas que regulam o Conselho de Disciplina e Conselho de Justificação, no art. 9º de ambos.

A competência para legislar sobre procedimento e processo administrativo disciplinar dos militares será do ente a quem a Constituição atribuiu a competência para legislar sobre Direito administrativo disciplinar material. Esse ente que determina o regime jurídico, será competente para legislar sobre procedimento e processo administrativo disciplinar.⁶¹ No caso dos militares das Forças Armadas a competência é da União.

2.1 PROCESSO E PROCEDIMENTO

A dicotomia sobre a diferença entre processo e procedimento não pode escapar a análise do processo administrativo disciplinar militar. Mesmo porque isso será a base para diferenciação de quais espécies de processo administrativo disciplinar devem propiciar a ampla defesa e o contraditório.

No Brasil, vige a jurisdição una, onde cabe ao Judiciário apreciar as decisões dos processos administrativos inclusive como fonte de direito através de sua jurisprudência, diferente do que acontece na França, por exemplo, que possui o contencioso administrativo, havendo duas jurisdições: judiciária e administrativa. A existência destas duas ordens de jurisdição é historicamente atribuída à tentativa de afastar o Poder Judiciário, na jurisdição comum, das questões envolvendo a Administração Pública. Em nosso país, encontramos a Administração com a figura coincidente de juiz e parte.⁶²

Em primeiro lugar, deve-se diferenciar o processo judicial do processo administrativo. No processo judicial, existe a figura do juiz, que não faz parte da relação processual, e que deve ser imparcial, fazendo parte de um órgão independente de onde surgiu o litígio. Já no processo administrativo, o sujeito que deve julgar, integra a própria Administração Pública, não sendo esse processo

⁶⁰ Art. 120. Ficará sujeito à declaração de indignidade para o oficialato, ou de incompatibilidade com o mesmo, o oficial que:
(...)

III - incidir nos casos, previstos em lei específica, que motivam o julgamento por Conselho de Justificação e neste for considerado culpado; e

⁶¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar...* p 88-89.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.4-5, 23.

jurisdicional, mas sendo tratado como se assim fosse, pela aplicação dos mesmos princípios processuais.⁶³

A partir do que prescreve o inciso LV do art. 5º da Constituição, Bacellar Filho explica que procedimentos administrativos podem resultar em processos administrativos, quando caracterizar a necessidade de contraditório, pois se uma função estatal é exercida por meio de um processo, é porque nela devem estar presentes o contraditório e a ampla defesa.⁶⁴ A utilização da expressão processo administrativo e não procedimento pelo constituinte acabou por reconhecer a exigência do regime jurídico processual para atividades administrativas,⁶⁵ combinado com o inciso LIV, indica a obrigatoriedade do devido processo legal.⁶⁶

LV - aos litigantes, em **processo** judicial ou **administrativo** e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório** e a **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes (grifo nosso);

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O autor ainda conclui que “todo processo é procedimento, porém a recíproca não é verdadeira: nem todo procedimento converte-se em processo” e “nem o procedimento é sinônimo de função administrativa, nem o processo, de função jurisdicional”.⁶⁷ Ao passo que esta relação, entre procedimento e processo administrativo, pode ser definida como a de gênero e espécie, quando entendemos que espécie enquadra-se dentro de um gênero, ao que o autor entende que processo também é uma forma de procedimento. Opinião apoiada por Justen Filho afirmando que a intenção de Bacellar Filho foi de negar essa relação.⁶⁸

Para Egon Moreira Bockmann, o processo quando usado no Direito, está se referindo a uma relação jurídica entre pessoas, que em um lado tem uma parte que está no exercício do poder estatal, para alcançar uma finalidade específica, ao que pode ser entendido também como uma série de atos que visam um fim, sendo então sinônimo de relação administrativa, o que não poderíamos perceber do procedimento. Esse termo significa somente o ritual processual. Mesmo assim, a

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 271-273.

⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar...* p. 56.

⁶⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar...* p. 49.

⁶⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar...* p.62-65.

⁶⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar...* p. 51-57.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo...*p. 270.

confusão semântica tem sido regra na normatização das atividades da Administração Pública.⁶⁹

Contudo a definição mais adequada parece ser a de Hely Lopes Meirelles, que conceitua a diferença entre processo e procedimento é a controvérsia que deve existir no processo, enquanto que o procedimento é modo como se realiza o processo.⁷⁰ Mesmo que a administração pública argumentasse que só existiria o contraditório e a ampla defesa quando houvesse processo, na realidade, fornecer essas garantias é uma consequência do processo administrativo. O critério diferenciador é que haja um litígio ou um conflito de interesses, real ou potencial, para se configurar o processo, que deverá proporcionar o mínimo o contraditório, que está implicado mesmo na ausência de qualquer acusação, além da ampla defesa. Se não houver tanta clareza no início do processo, pode acontecer que se inicie um procedimento que se desenrole de tal modo que vire um processo.

2.2 TIPOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

2.2.1 PROCESSO DISCIPLINAR SUMÁRIO

Quando da ocorrência de uma transgressão disciplinar, qualquer outro militar que tenha conhecimento do fato, deve informar através de documento o superior do transgressor, que após tomar conhecimento da falta, pode providenciar a sua apuração. Se for encarada como uma transgressão de menor potencial ofensivo, nesse caso, o acusado recebe um formulário, onde lhe é possível justificar a acusação e utilizar os meios de prova lícitos que julgar necessário, mas que não afrontem a disciplina. O documento é entregue a autoridade competente, que vai avaliar o fato juntamente com a argumentação do acusado. A partir disso, essa autoridade vai decidir por aplicar ou não uma punição, e se for aplicar qual o tipo de punição e por quanto tempo. Há possibilidade de solicitar recurso da decisão até as autoridades superiores, chegando até no máximo ao comandante da força militar ou ao Presidente da República se a medida for determinada pelo primeiro. Aqui deve ser feito o adendo de que este recurso pode ser recebido após o cumprimento da

⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 46-47.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 591.

pena. Caso houvesse questionamentos quanto à materialidade e o autor, seria necessário instaurar uma sindicância.

Esse é um processo sumário e comum às três forças armadas,⁷¹ visando sancionar rapidamente qualquer desconformidade com os regulamentos disciplinares, para preservação da disciplina e hierarquia. As transgressões menos gravosas estão tipificadas nos regulamentos disciplinares. Apesar de proporcionar o contraditório e a ampla defesa, o que acontece de forma precária, não é considerado processo administrativo disciplinar para Jorge Cesar de Assis, mas sim um procedimento, pela falta de rigor formal e pela celeridade do ato, classificado por ele como aplicação das penalidades ordinárias ou reeducativas. Apesar dessa afirmação, o autor acaba se contradizendo quando explica o grupo das penalidades extraordinárias ou exclusórias, pois faz menção aos referidos processos de apuração das transgressões disciplinares.⁷²

De acordo com as normas de cada força armada, nenhuma pena administrativa deverá ser aplicada sem haver apuração anterior, ao que só exceção da prisão por necessidade da disciplina e de caráter urgente, por ordem do comandante da unidade militar, que deve fazer cessar a atitude do infrator que ameace a hierarquia, disciplina ou a ordem pública. Paulo Tadeu Rodrigues Rosa define como processo disciplinar sumário, o processo administrativo que visa analisar a conduta dos militares sem estabilidade para julgar a perda da graduação e a processo administrativo disciplinar o que analisa o militar acusado de cometer transgressão, mas que não seja necessário a sua exclusão.⁷³ O autor se engana, pois no primeiro caso, pode haver exclusão também do oficial temporário, e no segundo caso, que é o que aqui debatido, também pode ter como decisão a exclusão do militar a bem da disciplina. Mesmo assim, a definição de processo para ambos os casos é a mais acertada.

Com efeito, constata-se que a apuração de transgressão disciplinar ocorre através de processo, pois se não fosse haveria então a incidência da “verdade sabida”, pois parte do pressuposto que não há dúvidas da prática de transgressão disciplinar pelo acusado e de sua extensão. Verdade sabida, nada mais é do que o

⁷¹ A Marinha regulamenta o procedimento pelo IGPM-315 –Vol. VIII, o Exército pelo próprio RDE e a Aeronáutica pela Portaria nº 782/GC3.

⁷² ASSIS, Jorge Cesar. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 129-133.

⁷³ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 242.

conhecimento pessoal da infração pela autoridade que possui a autoridade para punir o infrator,⁷⁴ que no caso militar é informado através de documento. Muitos autores, como Bacellar Filho, defendam a inconstitucionalidade desse meio sumário,⁷⁵ não sendo concebível a sua utilização no meio castrense, se formos encará-lo como procedimento.

Dentro das organizações militares pode implicar em penas administrativas elencadas nos regulamentos disciplinares, que no caso mais grave pode restringir a liberdade, perdurando por até 30 dias. No caso mais brando, pode resultar em registro na ficha individual do militar, que posteriormente pode implicar em sua avaliação e promoção. Dependendo da pena administrativa e se houver reincidência, podem depreciar o comportamento do militar, que se servindo de base para ele ser julgado em um Conselho de Disciplina ou de Justificação, nos casos em que o infrator for oficial ou praça com estabilidade assegurada. O militar que não for estabilizado poderá ser excluído a bem da disciplina.⁷⁶ O que não impede, de ocasionar em sua não renovação de contrato com a Administração Militar, pois a sua concessão é critério discricionário.

A classificação de “termo de declarações” apresentado por Meirelles é o que mais se aproxima desse processo disciplinar sumário, porém é mais bem aplicado ao servidor público civil.⁷⁷ No Exército esse processo é materializado no Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar, previsto no RDE, denominação utilizada também pela Aeronáutica. A Marinha utiliza para esse fim o Registro de Contravenções Disciplinares na Marinha, que está inserido no Livro de Registro de Contravenções Disciplinares.

2.2.2 SINDICÂNCIA

A palavra sindicância é derivada da palavra “sindico”, de origem grega (*súndikos*) que significa averiguação, inquérito, função do síndico, que podemos conceituar, sob o prisma do direito administrativo, como o procedimento no qual o sindicante, investido dessa função por autoridade superior para uma averiguação,

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro...* p.603.

⁷⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar...* p. 94.

⁷⁶ No Exército é necessário o parecer de uma sindicância para tomar essa medida se relacionada somente a transgressão disciplinar, conforme art.2º, §1º do RDE.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro...* p. 603-604.

realiza a investigação administrativa, reunindo informações com o objetivo de esclarecer um ato ou fato do interesse da autoridade que a iniciou.⁷⁸ São todos os atos com caráter investigativo, objetivando esclarecer a autoria e a materialidade de uma transgressão disciplinar, de interesse para quem determinou sua instauração.⁷⁹ Não é preciso dizer que esse ato ou fato que originou a instauração da sindicância, deve ter como fator motivador para essa referida autoridade, o interesse para Administração Pública, não possibilitando o seu uso para interesses pessoais.

Para Meirelles, a sindicância administrativa é um meio sumário para esclarecer alguma irregularidade no serviço, que vai servir de base para instauração de um processo administrativo, sendo requisito necessário para aplicar a punição ao infrator.⁸⁰ Nesse sentido, não é esta a situação em que se encontra a sindicância militar, pois para que haja punição tem de haver obrigatoriamente somente o processo disciplinar, a sindicância assumiria o papel de rito sumário se o processo disciplinar fosse considerado sumaríssimo.⁸¹ Portanto, por ser sumária e não aplicar punição, deve ser considerada como procedimento administrativo disciplinar e não processo.

Conforme Eliezer Pereira Martins, conceituá-la como procedimento sumário e de menor potencial ofensivo, só fará prosperar a discricionariedade e com isso a arbitrariedade da autoridade que instaurou a sindicância.⁸² Assis também a considera como processo administrativo, conclusão que deve ter sido coincidente com a do Exército pois o mesmo garantiu expressamente o contraditório e a ampla defesa na aplicação de suas sindicâncias,⁸³ o que pode ser entendida como uma manifestação de adequação a atual Constituição. Essa realidade não pode ser constatada nas sindicâncias reguladas pela Marinha e pela Aeronáutica, pois apesar de acatarem a presença do advogado no procedimento, somente a partir do seu relatório, com aval da autoridade instauradora, é que poderá iniciar-se um processo. Essa questão é definida sobre a obrigatoriedade da ampla defesa e do contraditório,

⁷⁸ SILVA, Edson Jacinto da. *Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar. Teoria e prática*. 3. ed. Campinas: Servanda, 2009. p. 73.

⁷⁹ SILVA, Edson Jacinto da. *Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar. Teoria e prática...* p. 82.

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro...* p. 603.

⁸¹ SILVA, Edson Jacinto da. *Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar. Teoria e prática...* p. 79.

⁸² MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade*. Leme: LED, 1996. p. 122.

⁸³ Portaria nº 107, de 13 de fevereiro de 2012 (EB 10 – IG – 09.001): Art. 2º, § 1º; e arts. 15 a 22 (Cap. IV – do contraditório e da ampla defesa).

que caracteriza a diferença do processo e do procedimento. O contraditório confere ao processo a dialética necessária para que acusado possa influenciar na decisão, participando de maneira efetiva dessa atividade.⁸⁴ A ampla defesa por sua vez, é aplicada em qualquer processo em que haja litígio,⁸⁵ é a garantia de poder se defender sem limitações, seja do direito material ou do processual, o que acaba compreendendo o direito do contraditório.⁸⁶

Para a esfera disciplinar, o intuito da sindicância é de obter esclarecimentos quanto a verdade dos fatos denunciados e a sua extensão, para que se tome as medidas disciplinares cabíveis,⁸⁷ que pode ser a aplicação do processo disciplinar sumário, do processo administrativo disciplinar ou mesmo do arquivamento. Pode acontecer que pela gravidade dos fatos eles se constituem em ilícitos penais. Se apontar essa incidência, a sindicância dará motivação para gerar um Inquérito Policial Militar, procedimento de caráter inquisitivo que será subsídio para que o Ministério Público Militar proponha a abertura de uma Ação Penal. Mesmo assim, há que se observar a eficiência da sindicância administrativa, pois ela poupa a Administração Pública de processos administrativos dispendiosos e demorados, também para que o servidor não enfrente esse processo administrativo, podendo afetar-lhe moralmente e obrigando-lhe a se defender, gerando custos com assessoria jurídica.⁸⁸ Esse trabalho ficará restrito as consequências disciplinares da sindicância.

Para Bacellar Filho, na finalidade de atividade investigatória, quando seu objetivo é verificar a existência de irregularidade, sem acusados ou litigantes, a sindicância é um procedimento, já quando existem desde seu início, litigantes e acusados, a sindicância funciona como processo.⁸⁹ Geralmente, as leis misturam a sindicância-investigação e a sindicância para aplicação de sanções de menor potencial ofensivo, situando-as como meio. O autor apresenta a sindicância não

⁸⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 293-294.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 631.

⁸⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*... p. 316-319.

⁸⁷ SILVA, Edson Jacinto da. *Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar. Teoria e prática*... p. 74.

⁸⁸ SILVA, Edson Jacinto da. *Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar. Teoria e prática*...

p. 80.

⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*... p. 97.

como meio, mas como procedimento.⁹⁰ Não há essa distinção nas sindicâncias disciplinares dos militares, pois já existe um procedimento para punições mais simples, que se dá por processo disciplinar sumário, em que pese a existência da possibilidade de prisão administrativa por até 30 dias.

Portanto, no caso do processo administrativo disciplinar militar, a sindicância não aparenta configuração de processo, em que pese ser classificada assim por alguns juristas militares. A justificação de tal colocação se dá pelo fato de que a sindicância não tem capacidade de singularmente aplicar alguma sanção, apenas pode gerar um processo, esse sim, trará as garantias do contraditório e da ampla defesa e a sanção adequada se for o caso.

Cada instituição regulou esse procedimento através de portarias. A Marinha pelo DGPM-315, aprovada em 13 de janeiro de 2011, o Exército pela IG-09.001, de 13 de fevereiro de 2012, e a Aeronáutica pela ICA 111-2, de 17 de maio de 2006. A sindicância não tem caráter obrigatório para elucidar as transgressões disciplinares, com exceção de quando a sanção seja a exclusão do serviço ativo a bem da disciplina.

2.2.3 CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

Quanto aos processos administrativos disciplinares em espécie, verifica-se a existência de dois tipos: Conselho de Justificação e Conselho de Disciplina. A Lei 5.836, de 5 de dezembro de 1972 é atualmente a norma que regula o Conselho de Justificação, a nível das três forças armadas. Aprovada no mesmo dia que a norma sobre o Conselho de Disciplina, foi editada através de lei, enquanto aquela foi por decreto. Esse processo administrativo disciplinar visa julgar os oficiais da ativa ou de carreira para avaliar se podem permanecer na ativa ou na inativa, na condição de reserva remunerada ou reformado. Não se aplicam aos oficiais da reserva não remunerada, como prescreve o art. 1º, parágrafo único dessa lei. A recusa em se aplicar a oficiais da reserva não remunerada consiste na lógica de que esses oficiais têm um título honorífico somente, não possuindo mais nenhum vínculo com a Administração Pública, pois como a própria designação demonstra por “não remunerada” eles não percebem proventos pela atividade militar na reserva. Seu

⁹⁰

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar...* p. 98-99.

status para as Forças Armadas é de civil.⁹¹ O STM já proferiu decisão somente da aplicabilidade do Conselho de Justificação ao oficial da reserva não remunerada quando do fato que originou o processo ter se dado quando o mesmo estava na ativa.⁹²

Tem a finalidade de um tribunal de honra, já que os oficiais julgados podem ser considerados indignos do oficialato ou com ele incompatíveis. As causas que levam o oficial militar de carreira a ser julgado pelo Conselho de Justificação estão elencadas no art. 2º da Lei 5.836/72:

Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou "ex officio" o oficial das forças armadas:

I - acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:

a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;

b) tido conduta irregular; ou

c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decore da classe;

II - considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, no momento em que venha a ser objeto de apreciação para ingresso em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha;

III - afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

IV - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restrita de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

V - pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Parágrafo único. É considerado, entre outros, para os efeitos desta Lei, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo o oficial das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente:

a) estiver inscrito como seu membro;

b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;

c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou

d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

Com relação às situações aqui elencadas destacamos o inciso I, de caráter subjetivo, enquanto os outros incisos têm caráter objetivo.⁹³ Não é difícil precisar o que é proceder incorretamente no desempenho do cargo e conduta irregular, pois

⁹¹ MARTINS, Eliezer Pereira. Da impossibilidade jurídica de instauração de conselho de justificação para apuração de conduta de oficial da reserva não remunerada. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3853>>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁹² STM - Embfo: 196 DF 2007.01.000196-8, Relator: Sérgio Ernesto Alves Conforto, Data de Julgamento: 30/08/2007, Data de Publicação: 04/06/2008 Vol: Veículo:DJE.

⁹³ O inciso III não tem mais aplicação, por ter existir essa previsão na Lei 6.880, de 09.12.1980. Já o inciso V encontra-se fora do contexto atual, por não existirem mais partidos políticos ou associações clandestinas, apesar de que ao militar da ativa é vedada a filiação a partidos políticos, como foi apresentado no trabalho (item 1.2).

como oficiais esses militares devem respeitar as normas e agir com zelo e dedicação. Mas cometer ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro de classe são conceitos muito abertos ligados a valores castrenses, sujeitos a discricionariedade da autoridade julgadora, podendo utilizar condutas não elencadas nos regulamentos disciplinares, que atinjam a imagem da instituição a que representam. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da tipicidade é necessário para dar validade às infrações administrativas, devendo ser clara o suficiente para ser objetivamente reconhecível,⁹⁴ o que não podemos constatar nas causas do inciso I.

Esse processo pode ter duas fases: a primeira que avalia se o acusado tem condições de permanecer na ativa ou inatividade, que pode ter como solução o arquivamento, a aplicação de pena disciplinar, a passagem para a reserva remunerada e nesse caso haverá a remessa para o Supremo Tribunal Militar. Nessa segunda fase, o tribunal irá decidir sobre a declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato e se concordar, determinará a perda do posto e da patente ou da reforma compulsória, pois só esse tribunal pode determinar essa medida.⁹⁵ Demitido, não percebe mais nenhuma remuneração ou indenização, acabando seu vínculo com a instituição. Isso não quer dizer que por deixar de ser militar e oficial, ele perca seu direito a receber sua remuneração se já estiver na reserva, do que se pode entender como direito fundamental assegurado pela Constituição (art. 7º, XXIV), assim como de deixar aos seus herdeiros a pensão correspondente, conforme art. 20 da Lei 3.765, de 4 de maio de 1960, que regula as Pensões Militares.⁹⁶

Esse conselho é instaurado por ato do comandante da força do acusado ou a pedido do militar e constituído por três oficiais de postos superiores ao do justificante, podendo ser constituído por militares da reserva para anteder a essa regra se for o caso. O oficial mais antigo é o presidente, na sequência o interrogante e relator e o mais moderno o escrivão.⁹⁷ Existem razões de impedimento para participar do Conselho de Justificação, elencados no art. 5º, § 2º da Lei 5.836/72,

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 852.

⁹⁵ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 243.

⁹⁶ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 268

⁹⁷ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 255.

como a do oficial que formulou a acusação, ao que pressupõe fazer referência aos militares envolvidos nos processos ou procedimentos administrativos anteriores, como a sindicância e o processo sumário, por já terem estabelecidos o seu julgamento sobre as ações do acusado.⁹⁸ Também estão impedidos os oficiais que tenham parentesco até o quarto grau com acusado ou acusador e os que tenham interesse particular na decisão, como amigo ou desafeto. E por último os oficiais subalternos, que se constituem dos postos de 2º e 1º tenente.

O conselho tem o prazo de 30 dias, a partir da nomeação, para remeter seu relatório para a autoridade nomeante, podendo ser prorrogado por mais 20 dias. A mesma terá 20 dias então para decidir sobre o feito. Conforme o art. 13 dessa lei, ela poderá determinar as seguintes hipóteses: o arquivamento, a aplicação de pena disciplinar, transferência para a reserva remunerada, remeter ao juiz-auditor se houver indícios que houve crime ou contravenção, e a remessa para o STM, se houver decisão pela reforma ou pela perda do posto e da patente.⁹⁹

Assis considera esse processo um caso *sui generis*, pois pode apresentar uma fase administrativa e outra judicial,¹⁰⁰ posição defendida também por Paulo Tadeu Rodrigues Rosa,¹⁰¹ sendo o próprio entendimento do Supremo Tribunal Militar de que a decisão desse tribunal sobre o Conselho de Justificação é de caráter jurisdicional,¹⁰² mudança que aconteceu a pouco tempo, pois havia o conceito nos tribunais superiores que a decisão do STM sobre Conselho de Justificação era administrativa e meramente homologatória.¹⁰³

Recursos essencialmente administrativos não são previstos na lei, ao que o justificante poderá utilizar dos recursos sobre a decisão do tribunal. Pode impetrar embargos de nulidade, embargos infringentes e embargos de declaração do julgado

⁹⁸ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 142.

⁹⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 263.

¹⁰⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 242.

¹⁰¹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 146.

¹⁰² Conforme jurisprudência desse tribunal: STM - CJ: 545620127000000 DF 0000054-56.2012.7.00.0000, Relator: Luis Carlos Gomes Mattos, Data de Julgamento: 29/05/2013, Data de Publicação: 12/08/2013 Vol: Veículo: DJE; STM - EMBDEC: 49820107000000 DF 0000004-98.2010.7.00.0000, Relator: José Américo dos Santos, Data de Julgamento: 06/10/2011, Data de Publicação: 03/11/2011 Vol: Veículo: DJE.

¹⁰³ STF- REExt. 318.469/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – julgado em 26 de fevereiro de 2002 – DJU 05.04.2002; e STJ – Resp. 280.353/SP – 5ª Turma – Relª. Laurita Vaz – julgado em 10 de junho de 2002 – DJU 04.08.2003.

em um prazo de cinco dias após a notificação da decisão,¹⁰⁴ com fundamento no art. 538 de Código de Processo Penal Militar e regulados pelos arts. 119 até o 127 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Militar.¹⁰⁵ Como este tribunal julga em última e única instância o processo do Conselho de Justificação,¹⁰⁶ satisfaz os pressupostos do recurso extraordinário ao STF se forem contrariados dispositivos da Constituição. A prescrição ocorre seis anos após a ocorrência do fato.

É interessante observar a composição do Supremo Tribunal Militar, que é formado por quinze ministros, dez militares de alta patente e cinco civis.¹⁰⁷ Dessa maneira, é notável que majoritariamente o julgamento das matérias passa pelo crivo dos militares, e esses são oficiais.

2.2.4 CONSELHO DE DISCIPLINA

O Conselho de Disciplina é o processo administrativo disciplinar em espécie para julgar praças com estabilidade assegurada ou praças especiais,¹⁰⁸ visando aferir se estes têm condições de serem mantidos na ativa ou se já estiverem na reserva ou reformados, se podem continuar na situação de inatividade. A norma reguladora é o Decreto 71.500, de 5 de dezembro de 1972. É um processo muito semelhante ao do Conselho de Justificação, por isso o trabalho ficará limitado a apontar as diferenças entre os dois.

A principal diferença, do ponto de vista jurídico, é ter sido editada por decreto e não por lei. Pela mesma finalidade, não haveria razão de se destinar uma

¹⁰⁴ Julio Fabbrini Mirabete explica na obra *Processo Penal* que a interposição de embargos de declaração é cabível quando se apresentar na sentença ou acórdão, obscuridade, omissão ou contradição; os embargos infringentes têm cabimento quando houver voto vencido na decisão, para que o tribunal considere, em um colegiado maior, a decisão que não prevaleceu anteriormente; os embargos de nulidade são concebíveis, se apontar as irregularidades nas leis sobre a matéria processual, sendo a votação unânime ou não, qualquer que seja o resultado da apelação.

¹⁰⁵ ASSIS, Jorge Cesar. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 265.

¹⁰⁶ Lei 5.836/72, art. 14.

¹⁰⁷ *Constituição Federal*: "Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis".

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juizes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar."

¹⁰⁸ São denominados praças especiais os aspirantes a oficial e os guardas-marinha.

norma de hierarquia mais baixa, o que pode ter acontecido pelo fato de que a praça não possui posto e carta patente, que ao oficial são lhe garantidos constitucionalmente, gerando do executivo a falta de necessidade de promulgar uma lei que não incidisse sobre direito indisponível. Acaba incorrendo na falta de isonomia, pela discriminação imotivada incorrendo em desigualdade de oportunidades, como o da apreciação jurisdicional.

As razões que levam o militar a ser julgado pelo Conselho de Disciplina são as mesmas que aos oficiais, com exceção de que não há previsão da não habilitação a Quadro de Acesso ou Lista de Acesso a promoção. Possui somente fase administrativa. É constituído por três oficiais da força do acusado, nas funções de presidente, relator e escrivão. Existem razões de impedimento, as mesmas dos oficiais, com exceção de não restringir oficiais subalternos na composição do conselho. Pode ser instaurado por ordem do oficial comandante a quem o acusado estiver subordinado. Pode ser solicitado também a pedido do próprio militar, por requerimento.¹⁰⁹

Os prazos para conclusão e julgamento são os mesmos do Conselho de Justificação e ao final do processo a autoridade instauradora pode decidir pelo arquivamento, pela aplicação de pena disciplinar, remeter ao juiz-auditor se houver indícios que houve crime ou contravenção, exclusão a bem da disciplina e a remessa para o comandante da força, se houver decisão da reforma ou da exclusão do militar.¹¹⁰ Quanto aos recursos, o acusado pode recorrer até o comandante de sua força armada no prazo de 10 dias a partir do conhecimento da solução do Conselho de Disciplina ou da publicação de decisão da autoridade instauradora (Dec. 71.500/72, art. 14, parágrafo único). A prescrição também ocorre seis anos após a data do fato.

Na hipótese de o acusado ser julgado incapaz de permanecer na ativa, será excluído a bem da disciplina perdendo sua graduação ou reformado compulsoriamente. Para o militar que está na reserva remunerada ou reformado, a perda da graduação e consequente condição de militar, não o faz perder o direito de

¹⁰⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 279.

¹¹⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 293.

receber os proventos da aposentadoria, já que a Constituição protege o direito adquirido e ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI).¹¹¹

Está em tramitação no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda à Constituição nº 358 de 2005, que tem como um dos seus pontos, incluir o controle jurisdicional das punições disciplinares militares à Justiça Militar da União, aumentando a competência a ela definida pelo *caput* do art. 124 da Constituição:

“Art. 124. À Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, **bem como exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas.**”¹¹²

Se aprovada, retiraria o controle que hoje mantém a Justiça Federal sobre essa matéria. Cabe ressaltar que a Justiça Militar Estadual tem o papel de julgar as ações judiciais contra os atos disciplinares militares depois da Emenda Constitucional 45/04,¹¹³ o que Assis explica ser a forma de controle sobre as punições disciplinares aplicadas aos militares estaduais, não havendo diferenças de controle jurisdicional sobre as punições militares, na medida em que ele seria exercido em decorrência das ações judiciais interpostas na própria Justiça Militar da União.¹¹⁴ Teríamos que considerar que o prazo prescricional de recurso da decisão, já estabelecido ao Conselho de Justificação quando o processo vai ao STM, não seria estendido ao Conselho de Disciplina, pois não seria uma continuação do processo administrativo disciplinar, e sim outro processo para averiguar a legalidade do ato, ou para propor indenização por perdas e danos.

¹¹¹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 297.

¹¹² Art. 124, *caput*. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

¹¹³ Art. 115 (...)§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as **ações judiciais contra atos disciplinares militares** (grifo nosso), ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as **ações judiciais contra atos disciplinares militares** (grifo nosso), cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

¹¹⁴ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 65-66.

3. A PRESCRIÇÃO

O decurso do tempo é importante para qualquer atividade em sociedade, pois ele é o referencial de onde se inicia a oportunidade ou começa o prejuízo, apresentando de maneira geral a irreversibilidade como característica. No mundo jurídico o tempo não é menos importante, já que existe uma especial atenção na passagem temporal para estabelecer as regras para as relações jurídicas em todos os seus ramos. Essa mesma irreversibilidade do tempo não se apresenta no Direito, como podemos perceber na retroatibilidade das leis, ou mesmo na contagem natural do tempo, que pode se iniciar de forma diferente. Deve ser considerado também o tempo de duração do processo dentro da noção de razoabilidade, e por fim como necessária para preservar a segurança jurídica. Dentro desses objetivos encontraremos o instituto da prescrição.¹¹⁵

3.1 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

A definição da prescrição conhecida vem do Direito civil, que pode ser classificada como aquisitiva, por concretizar a situação que o titular exerce continuamente ou extintiva, quando ocorre a perda da ação pela inércia do titular, e da sua semelhante, a decadência, em que ocorre a perda do próprio direito por não tê-lo exercido no prazo previsto.¹¹⁶ A prescrição penal é causa extintiva de punibilidade pela inércia do Estado em apurar o crime no decurso do tempo.¹¹⁷ Já a prescrição administrativa indica o termino do prazo para o servidor interpor recurso exclusivamente no âmbito da Administração Pública, e a perda do prazo por ela de julgar a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações de particulares,¹¹⁸ ao que nesse estudo não importa o último tipo. Deve ser levado em conta também que existe o prazo prescricional do sancionado em levar sua pretensão de reparação ou revisão do ato ao Judiciário.

¹¹⁵ TUCUNDUVA SOBRINHO, Ruy Cardozo de Mello. *Prescrição no processo administrativo disciplinar*. 2009. p. 8. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11112011-133122/>>. Acesso em: 05-09-2014.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: volume I: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. 23ªed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p 581.

¹¹⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo III. Pena e medida de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 141.

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 590.

Não parecem razoáveis os argumentos de que, por ter um controle mais cerrado sobre sua ordem interna, as Forças Armadas não necessitem estipular prazo prescricional, pois as faltas serão apuradas de forma célere, como defende Jorge Cesar de Assis.¹¹⁹ Como ensina Bandeira de Mello, a prescritibilidade é um princípio geral do Direito,¹²⁰ o que permite transportar essa orientação ao Direito administrativo. No STF, o Min. Ricardo Lewandowski já decidiu em favor de que diante da falta de previsão de prazo prescricional, poderá se usar a prescrição do Código Penal:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. ART. 109, VI, COMBINADO COM ART. 111, III, DO CÓDIGO PENAL. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - Diante da ausência de norma específica quanto à prescrição da infração disciplinar, utiliza-se, por analogia, o Código Penal. II - Abandonar o cumprimento do regime imposto configura infração permanente, aplicando-se as regras do art. 111, III, do Código Penal. III - Ordem denegada. (STF - HC: 92000 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/11/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00078 EMENT VOL-02301-03 PP-00563 RTJ VOL-00205-01 PP-00350 LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 447-451)

O entendimento de Meirelles é que quando não houver previsão de prescrição, deve-se aplicar o prazo de 5 anos, por analogia à prescrição contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), da cobrança do crédito tributário (CTN, art.174) e o maior prazo da prescrição dos servidores públicos federais (Lei 8.112/90). Pode ser usado esse prazo como limite do direito de ação contra a Administração Pública Militar, mas não resolve a questão da prescrição da transgressão disciplinar.

A diferença prática entre prescrição e decadência, é que a primeira pode ser interrompida e suspensa e a segunda não contempla obstáculos no percorrer do prazo. Também deve-se distinguir prescrição de preclusão, sendo que essa é de caráter estritamente processual, que se dá pela perda do prazo de produzir o ato dentro do processo. Seu prazo se inicia posteriormente ao da prescrição. É diferente da decadência, pois o que se perde é o direito adjetivo.¹²¹ A prescrição pode ocorrer pela perda do prazo de exercitar a faculdade, por não exercitá-la por vontade

¹¹⁹ ASSIS, Jorge Cesar. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 226.

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 675.

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* p. 1055.

expressa ou tácita e pela omissão em exercer a faculdade no prazo devido, o que se classifica respectivamente como preclusão consumativa, lógica ou temporal.¹²²

A prescrição é um instituto concebido para dar estabilidade ao sistema jurídico. Está associada ao princípio constitucional da duração razoável do processo¹²³ e da segurança jurídica. É um instrumento que não permite que o servidor público, seja civil ou militar, fique indefinitivamente sobre a ameaça de sofrer alguma punição. Não há o que se argumentar que a prescrição no processo administrativo disciplinar propiciaria a impunidade do infrator. É a Administração Pública que deve empenhar-se para dar celeridade na apuração das infrações administrativas de seus servidores. Nas instituições castrenses, pelo próprio caráter de apego à disciplina, essas faltas geralmente são rapidamente apuradas e sancionadas, podendo implicar em responsabilidade do comandante que não apure falta disciplinar de que tenha conhecimento.

Nos processos administrativos disciplinares em espécie, há previsão de prescrição dos fatos a serem julgados, que é de seis anos a partir do fato e não a partir do conhecimento dele pela Administração Pública, como ocorre com os servidores públicos federais, o que não gera controvérsia. O problema maior ocorre com o processo disciplinar sumário, nesse ponto, diferente do que acontece com o servidor civil, não foi previsto o prazo de prescrição das faltas disciplinares, o que gera uma enorme insegurança no faltoso. Longe de querer que prevaleça a impunidade, o oposto é que deve ser buscado, uma maior eficiência da Administração na apuração e sanção das faltas disciplinares de seus servidores para que eles prestem um serviço mais adequado, mas que seja realizado com regras bem claras. A alegada imprescritibilidade das transgressões disciplinares não tem cabimento no ordenamento jurídico atual, onde a Carta Magna reservou a imprescritibilidade a crimes específicos, a única restrição às transgressões disciplinares dos militares é quanto ao cabimento de *habeas corpus*, não decorrendo dessa norma nenhum entendimento que além de restringir esse remédio constitucional, a imprescritibilidade é regra para os militares. O princípio da proporcionalidade também não é seguido, pois se até os crimes previstos no Código

¹²²

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1282.

¹²³

Art. 5º, inciso LXXVIII.

Penal Militar prescrevem, não seria errado concluir que fatos com menor potencial danoso tenham prazo para ser apurados.

Como apresentado no Capítulo 1 desse trabalho, existem militares de carreira e militares temporários, aos primeiros é destinado um plano de carreira a ser desenvolvido durante o seu tempo de serviço que vai da admissão até a reserva ou a reforma. Os temporários pelo pouco tempo que servem a força, sempre menor de 10 anos, não sentirão os efeitos da imprescritibilidade do processo disciplinar sumário. Porém, os militares de carreira podem ser mais prejudicados pela não observância dos princípios constitucionais. Obedecem a regulamentos inconstitucionais que não tem previsão certa de aplicabilidade, ficando suas carreiras sujeitas a efeitos de deslizos passados. Os regulamentos disciplinares editados por decretos e as portarias que normatizam o assunto, do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, são omissos quanto ao tema da prescrição.

No Conselho de Justificação e no Conselho de Disciplina, o prazo fixado para prescrição é de seis anos, conforme art. 17 do decreto e art. 18 da lei. Essas normas determinam que o que for também crime, previsto Código Penal Militar (CPM), terá como prescrição o mesmo prazo dado ao ilícito penal. Desse fato Assis explica que há dois tipos de infrações administrativas: as puras e as infrações-crime.¹²⁴ Para o primeiro tipo aplica-se a prescrição prevista na norma, de seis anos a partir do fato, agora para o outro caso, deverá ser aplicado a prescrição prevista no CPM, para os casos em que a falta também for tipificada nesse código, não falando nada sobre o Código Penal e o Código de Contravenções Penais. Justo então que examinemos os tipos de prescrição penal.

3.2 USO DA PRESCRIÇÃO DO CÓDIGO PENAL MILITAR

A prescrição em abstrato (pretensão punitiva), leva em consideração a pena máxima cominada ao crime indicado, que segundo o art. 125 do CPM é a seguinte:

- I - em trinta anos, se a pena é de morte¹²⁵;
- II - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- III - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito e não excede a doze;
- IV - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro e não excede a oito;

¹²⁴ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p. 257.

¹²⁵ Não aplicável em situações de paz, pois a Constituição só estabelece a pena de morte em casos de guerra declarada, conforme seu art. 5º, inciso XLVII, letra a.

V - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois e não excede a quatro;

VI - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VII - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

A razão de a prescrição ser maior que a pena, é que o Estado deve exigir um prazo maior para extinguir a punibilidade, pois o réu frustrou a aplicação da pena ou o Estado não manifestou interesse em puni-lo.¹²⁶ Os prazos são idênticos ao do art. 109 do Código Penal, com exceção dos casos de pena de morte que não tem previsão nesse código mas que constam no CPM e das penas inferiores a um ano que prescrevem em três anos.¹²⁷

Se o réu já tiver sido julgado, a prescrição terá como referência a pena realmente imposta pela sentença, que será a prescrição em concreto (pretensão executória). Não há possibilidade de instância superior agravar a pena. O prazo começa a contar a partir da data da sentença. Se o réu fugir enquanto cumpre a pena, o tempo restante será o prazo da prescrição, apesar de que considerada sua incidência no processo administrativo disciplinar, não julgamos que haja aplicação, pois se o réu com pena menor de 2 anos evadir-se da pena, incidirá em outra causa de aplicação de julgamento em processo administrativo, e se for maior acarretará em sua exclusão das Forças Armadas. Se for praça, por força do art. 102 do Código Penal Militar. Se for oficial, ocasionará a perda do posto e da patente, de acordo com o art. 99 do mesmo código, ocasionando os mesmos efeitos.

A contagem dos prazos se inicia no dia em que o crime se consumou, sendo decisivo o resultado que conduziu ao crime. Na tentativa, conta-se a partir de quando terminar a atividade criminosa. Se houver crimes continuados, sequência de fatos puníveis autônomos, conta-se a partir de encerrado o último crime e no crime permanente, aquele que prolonga a violação do bem jurídico no tempo, quando ele cessa. Ainda há o caso de crime de falsidade, o prazo inicia de quando a autoridade pública toma conhecimento do fato.¹²⁸ Pode haver redução de metade desses

¹²⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo III. Pena e medida de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.144.

¹²⁷ Até ser decretada a Lei 12.234, de 5 maio de 2010, o prazo de prescrição das penas inferiores a 1 ano também era de 2 anos.

¹²⁸ ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao código penal militar: parte geral, artigos 1º a 135*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 212-215.

prazos se o infrator tiver na época do crime, menos de 21 anos ou mais de 70,¹²⁹ o que pode favorecer o militar recém egresso e o reformado.

A prescrição intercorrente e a prescrição retroativa estão reguladas no § 1º do art. 125 do CPM, utilizando-se na pena em concreto. A intercorrente se dará no espaço de tempo entre a sentença condenatória, onde houve somente recurso do réu, e o trânsito em julgado da sentença. A retroativa por sua vez, é também baseada na sentença condenatória, leva o prazo ao tempo anterior, contando-se a partir da última causa de interrupção, o recebimento da denúncia. Diverge do Direito penal comum, que considera o dia do fato.

Há hipóteses de suspensão também e interrupção. A suspensão ocorre por obstáculo previsto em lei, que impede o prosseguimento do prazo, sempre que ocorrer uma causa prejudicial ou pela situação particular do réu, mas que terminado, continua a deixar o prazo correr de onde parou. A incidência de processo judicial na área penal determina a suspensão do processo administrativo disciplinar até que se decida a questão incidental.¹³⁰ Diferente da interrupção, que faz recomeçar o prazo, não contabilizando o que já foi transcorrido, ocorrendo quando houver uma preocupação com o resguardo da segurança comum com atos ou fatos particularmente relevantes, previsto em lei.¹³¹ Nessa hipótese, mais compatível será a incidência da interrupção pela instauração do processo administrativo ou da homologação do parecer do mesmo processo, em consonância com o §5º do art. 125 do CPM.

Assis defende que somente há aplicação no processo administrativo disciplinar da prescrição punitiva, pois na hipótese da prescrição da pretensão executória, o oficial já teria recebido a sentença, o que o habilitaria a ser declarado indigno ou incompatível com oficialato, permitindo que este fosse julgado no Conselho de Justificação sobre a perda do posto e da patente.¹³² Para a praça pode ocorrer sua exclusão da instituição como pena acessória, prevista no art.102 do CPM, quando receber pena maior de dois anos transitada em julgado prescrita.

¹²⁹ Nesse ponto, a lei penal militar é mais rigorosa que a lei penal comum, que determina que o criminoso tenha mais de 70 a época da sentença e não do crime.

¹³⁰ RENO, Rogério Oliveira. *Prescrição da Punição Administrativa Disciplinar Vinculada a uma Falta-Crime*. In: RAMOS, Dircêo T.; COSTA, Ilton G. da; ROTH, Ronaldo J. *Direito Militar. Doutrina e Aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.944.

¹³¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo III. Pena e medida de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.146-147.

¹³² ASSIS, Jorge Cesar. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 258-259.

Como é acessória, se a principal prescrever, ela também prescreverá. Se a pena acessória for imposta na sentença, não há o que se falar em prescrição, por força do art. 130 desse código, que torna imprescritível a execução da pena acessória.¹³³ Nesse ponto, o STM já tem admitido que a Constituição de 1988 revogou tacitamente esse artigo.

Outra questão é sobre a incidência de crimes imprescritíveis. A Constituição Federal considerou no seu art. 5º, como crimes imprescritíveis, os crimes da prática de racismo (inciso XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (XLIV). Os ilícitos penais resultantes de preconceito de raça ou de cor são regulados pela Lei. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, em que destacamos o seu art. 13: “Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas. Pena: reclusão de dois a quatro anos.”. É certo que se algum militar deliberadamente não permitisse que qualquer pessoa, utilizando para isso critérios étnicos, por direito ingressasse nas Forças Armadas, através de certame ou serviço militar, seria um ilícito imprescritível. Na tipificação da ação de grupos armados, nesse caso um grupo militar, contra a ordem constitucional, atacando o que é uma das finalidades das Forças Armadas por força do art. 142 da Constituição. Em ações contra o Estado democrático, em que podemos imaginar como hipótese mais comum a tentativa de golpe contra o governo eleito legalmente, ao que podemos utilizar a Lei de Segurança Nacional como base para eventuais tipificações,¹³⁴ como por exemplo, do militar que ingressa em partido político ou grupo que tenha como objetivo a mudança do regime democrático, conforme art. 16 dessa lei.¹³⁵ Na jurisdição administrativa, esse ato poderia configurar causa de julgamento. Não haveria como se aplicar a prescrição sexual ou a do Código Penal Militar, se consideramos que a acusação for tipificada como crime imprescritível pela Constituição.

3.3 ANALOGIA COM A LEI 8.112/90

Eliezer Pereira Martins reconhece que mesmo que seja pouco provável que condições idênticas possam ser aplicadas a civis e militares, a legislação

¹³³ Código Penal Militar. Art. 130: é imprescritível a execução das penas acessórias.

¹³⁴ Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983.

¹³⁵ Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça.

ordenadora dos primeiros pode ser analisada como parâmetro. Enquanto que o Estatuto dos Servidores Públicos Federais estabelece como prazo máximo de prescrição cinco anos para penas demissórias, de cassação ou de aposentadoria (art. 142, inciso I), não é plausível que transgressões disciplinares militares leves sejam imprescritíveis. A aplicação analógica já é de entendimento do Judiciário, pelo menos na aplicação aos militares estaduais, o que não limita sua aplicação aos militares federais, mas aumenta sua obrigatoriedade:

REEEXAME NECESSÁRIO. RECURSOS DE APELAÇÃO. REMOÇÃO A PEDIDO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA. APLICAÇÃO ANALÓGICA. LEI FEDERAL Nº. 8.112/90. COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. Ausente norma específica no Estatuto do Servido Público Militar quanto à remoção de servidor para acompanhamento de cônjuge, também servidor público, deve-se aplicar, por analogia, as disposições contidas no art. 36 da Lei Federal nº. 8.112/90, a fim de se garantir a unidade familiar a que alude o art. 226 da Constituição Federal, conforme pacífica jurisprudência do STJ. Precedentes. Sentença confirmada no reexame necessário. Segundo recurso de apelação provido, prejudicado o primeiro recurso de apelação. (TJ-MG - AC: 10145110378398001 MG, Relator: Albergaria Costa, Data de Julgamento: 31/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/02/2013)

Quando analisado juntamente com o Código Penal Militar, observa-se que geralmente os crimes prescrevem no dobro do prazo da pena, ao que o autor compara que como nos crimes de pena máxima de até 1 ano prescrevem em 2 anos, um prazo tão proporcional deveria se esperar das transgressões disciplinares, que podem dar a pena máxima de restrição de liberdade por até 30 dias.¹³⁶ Com razão o autor propõe que o prazo máximo para prescrição das faltas disciplinares fosse de um ano, pois a punição disciplinar tem finalidade educativa e busca preservar a disciplina, não teria coerência aplicar uma sanção administrativa depois de muito tempo passado do fato, pois a concepção de manutenção da disciplina já estaria afetada pela inércia da apuração, não possibilitando a sanção em tempo de produzir seus efeitos psicológicos nos outros integrantes da tropa. O desinteresse do comando em apurar rapidamente a transgressão demonstra que este não considerou a falta disciplinar perigosa ao fim que se destina. Se já é decorrida grande parcela de tempo, não se vê como possam as finalidades dos regulamentos disciplinares ser atingidas.

Justen Filho classifica que a perda do prazo para a Administração processar seu servidor ou para que este entre com recurso contra decisão disciplinar, não leva

¹³⁶

MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade*. Leme: LED, 1997. p. 92.

a prescrição administrativa, mas sim a decadência, por ser mais adequada onde haja efeitos sérios ou relevantes, em que se devam prever situações de interrupção e suspensão. O decorrer do tempo não perece a ação, mas sim o direito da Administração de punir o transgressor.¹³⁷ Esse conceito não se enquadra na concepção ontológica entre os dois institutos, pois a decadência não possui suspensão e interrupção, isso ocorre somente na prescrição, além de que o próprio Direito disciplinar previu somente hipóteses de prescrição e não de decadência. Também afirma o autor que o fato de a Administração não dar provimento ao processo administrativo disciplinar depois de iniciado, ficando inerte por longo período de tempo seria configurado como preclusão intercorrente, e não como prescrição intercorrente.¹³⁸

Infelizmente, o legislador da Lei. 9.873, de 23 de novembro de 1999, que trata sobre prescrição da ação punitiva pela Administração Pública Federal, fez exceção dessa norma aos processos punitivos, conforme seu art. 5º.¹³⁹ Poderia ela ser a solução mais adequada para o caso da imprescritibilidade da transgressão disciplinar. Mesmo assim, a escolha do prazo quinquenal indica que esse lapso temporal já esteja “pacificado” como o máximo a ser estabelecido. O prazo prescricional do Conselho de Justificação e de Disciplina continuar sendo de seis anos e demonstra que foi reservado um prazo mais oneroso aos militares do que o do restante da legislação.

Analisando o Estatuto dos Militares sobre a prescrição, a única menção ao prazo de natureza processual é quando a Lei fala sobre recursos na esfera administrativa, que prescrevem em 120 dias, de acordo com o art. 51, §1º, alínea *b*. Mas essa previsão não tem aplicabilidade quanto ao recurso contra punição recebida, pois cada regulamento já previu esse prazo, portanto não tem aplicação em matéria disciplinar.¹⁴⁰ Nestes, o prazo de 120 dias é previsto somente para que a Administração Militar revise o ato punitivo, com ressalvas no caso da Marinha pode ser realizada a qualquer momento pelo seu comandante. Na Aeronáutica, esse prazo permitido a matéria administrativa, exclui conteúdo disciplinar.

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1283-1285.

¹³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo...* p. 1290.

¹³⁹ Art. 5º: O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária.

¹⁴⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo...* p.231-232.

Quanto ao termo inicial da prescrição, nos processo administrativo disciplinar em espécie, como já foi dito seria a partir do fato. Como a prescrição da transgressão não tem previsão, não poderíamos precisar se seus efeitos começariam a partir do fato, a exemplo do Conselho de Justificação e de Disciplina, ou se iniciariam a partir do conhecimento da Administração, como ocorre com os servidores públicos federais. As controvérsias, a partir da determinação desse referencial, desestimulam que houvesse entendimento similar, como José Armando Costa demonstra ao citar as hipóteses em que autoridade alega não conhecer do fato para procrastinar o início da prescrição sendo que outro militar já ter noticiado, ou que se contasse o prazo a partir da instauração do processo ou da sindicância.¹⁴¹

Na questão de que os regulamentos disciplinares não estabelecem as causas de interrupção do prazo prescricional, deve-se perceber que o lapso temporal começa a correr do dia em que a falta disciplinar é praticada, a não ser que seja uma falta disciplinar que dificulte a autoridade administrativa militar tomar conhecimento dos fatos. O prazo prescricional começa a correr do dia em que autoridade tomar conhecimento do fato, e termina no prazo estabelecido pelo regulamento, sem qualquer possibilidade de interrupção uma vez que a lei não estabeleceu estas hipóteses.

A omissão em prever prazos prescricionais afronta o princípio da eficiência administrativa, que com a Emenda Constitucional nº19/98 incluiu esse princípio como informador da Administração Pública. Já que é uma falha aparente, a Administração não tem como afirmar que sua falta de previsibilidade não foi possível de ser verificada até ser materialmente aplicada e questionada pelo Judiciário, e somente por ele pode ser, já que há proibição de sindicalização dos militares e sua participação junto a partidos políticos. É certo que se pretendesse que as transgressões disciplinares fossem imprescritíveis, teria isso sido feito em determinação expressa nos regulamentos disciplinares. Pode ser classificado de ineficiente quanto a material processual, ficando o Poder Judiciário apto a obrigar

¹⁴¹ COSTA, José Armando da. *Termo inicial da prescrição disciplinar*. Portal da Corregedoria Geral dos Órgãos de Segurança Pública do Estado do Ceará. Artigos e Trabalhos Jurídicos. Disponível em: <http://www.sspds.ce.gov.br/miniPortal/file_bd?sql=FILE_DOWNLOAD_FIELD_ARQUIVO_DOWNLOAD¶metros=1445&extFile=pdf>. Acesso em 05-09-2014.

que a Administração não deixe lacunas na sua normatização interna,¹⁴² utilizando da analogia e subsidiariedade com outras leis para responder essa questão.

O princípio da razoabilidade é um princípio constitucional do Direito administrativo brasileiro, que não foi seguido pela Administração Militar ao normatizar os regulamentos disciplinares. Não é razoável que não sejam previstos prazos prescricionais para as faltas disciplinares mais “leves”, permitindo a falta de sintonia com o ordenamento jurídico, que prevê prescrição das faltas disciplinares mais graves. Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.¹⁴³

Esse princípio pode ser aqui verificado quando a Administração Pública não adotou a providência mais adequada quanto a amplitude de situações que poderiam ser enfrentadas no decorrer do exercício da norma, não utilizando do seu poder discricionário para tomar essa medida. A razoabilidade está firmada na Constituição pelo art. 5º, incisos II e LXIX, e arts. 37 e 84, de onde pode se extrair também os princípios da legalidade e da finalidade.¹⁴⁴ Somente através da aplicação desse princípio poderíamos dizer que há proporcionalidade na apuração e aplicação de sanções pela Administração Militar,¹⁴⁵ pois então acabaria com a dicotomia de as faltas disciplinares graves produzirem prescrição e as faltas leves não.

Analisando o regulamento disciplinar de cada força armada, vamos encontrar o prazo de prescrição concedido ao infrator para demandar recurso da medida punitiva recebida. No Exército, pelo RDE (Dec. 4.346, 26.08.2002) para anulação de punição, pela autoridade que a proferiu ou seu superior em sua cadeia de comando, o prazo é de cinco anos, se for pelo Comandante do Exército será a qualquer tempo, por ilegalidade ou comprovada injustiça. O militar que for injustiçado por superior hierárquico, pode recorrer na esfera disciplinar, solicitado reconsideração do ato punitivo, mero recurso devolutivo à mesma autoridade que produziu a punição, no prazo de 5 dias após ela ser publicada em boletim interno,

¹⁴² GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 139-140, 143-144.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* p. 109.

¹⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* p. 856.

tendo a autoridade até 10 dias para deferir o pedido. Se for indeferido, o punido pode solicitar recurso disciplinar dessa decisão a autoridade seguinte na cadeia de comando, no prazo de 5 dias após tomar conhecimento do indeferimento e assim subsequentemente, até chegar ao Comandante do Exército. Na Marinha, o RDM (Dec. 88.545, 26.07.1983) estipula que poderá o punido requerer reconsideração de punição para autoridade que a proferiu, tendo essa no prazo de 8 dias para proferir decisão, que se for negativa, abrirá possibilidade para o militar solicitar recurso a autoridade superior a que proferiu sentença. Destaca-se que esse recurso tem o prazo de 8 dias após o fim da punição, ou seja, na Marinha só é possível solicitar recurso após cumprida a pena disciplinar. É a única força que prevê recurso até o Presidente da República, quando o ato disciplinar partir do Comandante da Marinha. Por fim, na Aeronáutica, o RDAER (Dec. 76.322, 22.09.75) dá o prazo de 15 dias para reconsideração do ato punitivo, devendo ser publicada a decisão em até 15 dias após recebida a petição. Para solicitar recurso do indeferimento da reconsideração de ato, o prazo também é de 15 dias após tomar conhecimento da decisão ou do término do prazo para resposta do primeiro recurso. Esse recurso toma o nome de representação e, como na Marinha, não pode ser demandado até ser cumprida a punição.

Esses prazos se demonstram prazos próprios, cabendo responsabilização da autoridade pelo não cumprimento desse prazo. Como o prazo da prescrição intercorrente não incide em extinção da punibilidade da infração, pode ser punido ainda o infrator por meio do mesmo processo disciplinar sumário. Porém, analisando a jurisprudência dos tribunais superiores, verifica-se que existe entendimento de que exaurido o prazo para conclusão do processo e solução da autoridade, prescreve o direito da Administração de punir a infração:

EMENTA: I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III. Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV. Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal. (MS 23299, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2002, DJ 12-04-2002 PP-00055 EMENT VOL-02064-02 PP-00302)

PREScrição - PROCESSO ADMINISTRATIVO - INTERRUPÇÃO. A interrupção prevista no § 3º do artigo 142 da Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena - artigos 152 e 167 da referida Lei - voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional. Precedente: Mandado de Segurança nº. 22.728-1/PR, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de novembro de 1998.(RMS 23436, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 24/08/1999, DJ 15-10-1999 PP-00028 EMENT VOL-01967-01 PP-00035)

O prazo de 140 dias dessa decisão faz alusão aos prazos previstos na Lei 8.112/90, que expirados, fazem recomeçar o prazo de prescrição punitiva.¹⁴⁶ Pode ser facilmente transportado para o processo administrativo disciplinar militar, que possui prazos para conclusão do processo e para decisão da autoridade.

3.4 SUBSIDIARIDADE DA LEI 9.784/99

Embora Assis afirme que não há aplicabilidade da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, esse não é esse raciocínio o mais adequado. A Lei de Processos Administrativos coexiste com as leis especiais, podendo ser utilizada no que for omissa a lei específica,¹⁴⁷ ressaltando que apenas o Conselho de Justificação foi estabelecido por lei, o Conselho de Disciplina foi estabelecido por decreto, mas foi recepcionado pela Constituição de 1988 com caráter de lei ordinária. Como lembram Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, estabeleceu em seu art. 2º, §2º, que a lei nova não revoga nem modifica a lei anterior, estando em consonância com o art. 69 da Lei de Processos Administrativos:

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas **subsidiariamente** (grifo nosso) os preceitos desta Lei.

A omissão que se verificar quanto ao processo administrativo disciplinar no Estatuto dos Militares ou no Conselho de Justificação, de Disciplina ou processo sumário, deve-se usar a Lei 9.784/99 no que couber. Com relação à prescrição,

¹⁴⁶ O STJ tem o mesmo entendimento: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENALIDADE DE SUSPENSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. NÃO-OCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OBSERVÂNCIA DO PRAZO DE 140 DIAS PARA CONCLUSÃO. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. (MS 12767 / DF, 2007/0085663-5, Relator(a) Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, Data da Publicação/Fonte DJe 20/05/2010)

¹⁴⁷ NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo. Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas. 2009. p.455.

diante da falta de atenção sobre o tema nas normas que regulam o Conselho de Justificação e do Conselho de Disciplina, encontraremos na Lei 9.784/99 mandamentos que ajudarão a elucidar eventuais dúvidas. É o que acontece sobre a suspensão do prazo prescricional de seis anos, estipulado para os fatos que ensejaram julgamento no respectivo processo administrativo disciplinar, pois não há nenhuma referência a possíveis alterações na contagem do prazo. O uso do art. 67 da Lei 9.784/99 pode facilmente estabelecer que, se não houver motivo de força maior, os prazos processuais não são suspensos, ao que podemos concluir que reflete na prescrição. Na suspensão, quando cessada a causa que motivou a paralisação do prazo, o mesmo volta a correr de onde parou, diferente da interrupção, que quando ocorre não faz o prazo continuar, mas inicia novamente da mesma extensão que possuía no início, inutilizando esse tempo transcorrido. Como a Lei de Processo Administrativo não fez previsão da interrupção, conclui-se que essa hipótese está excluída do processo administrativo federal.¹⁴⁸ Sendo feita sua utilização como norma subsidiária, também não pode ocorrer nos processos administrativos disciplinares militares. Portanto, se houver suspensão do prazo prescricional, ela será em razão de força maior comprovada, que no caso dos militares pode ocorrer na manifestação de sua atividade profissional, como no caso do estado de sítio ou estado de defesa, por exemplo, assim como também pela ocorrência de fenômenos naturais, como incêndios e enchentes.¹⁴⁹

O uso subsidiário da lei 9.784/99 é perfeitamente aplicado processo administrativo disciplinar do servidor público civil, o que corrobora para sua aplicação no processo administrativo disciplinar militar:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. PRAZO PARA NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO CONTRARIADOS. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Na sindicância, não se exige observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando, configurando mera fase inquisitorial, precede ao processo administrativo disciplinar. 2. A omissão existente no Regime Jurídico dos Servidores Públicos Lei 8.112/90 quanto ao prazo a ser observado para a notificação do acusado em processo administrativo disciplinar é sanada pela regra existente na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. 3. O servidor público acusado deve ser intimado com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis a respeito de provas ou diligências ordenadas pela

¹⁴⁸ NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo. Lei nº 9.784/99 comentada...* p.426.

¹⁴⁹ NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo. Lei nº 9.784/99 comentada...* p.427.

comissão processante, mencionando-se data, hora e local de realização do ato. Inteligência dos arts. 41 e 69 da Lei 9.784/99 e 156 da Lei 8.112/90. 4. Ilegalidade da audiência de oitiva de testemunhas e, por conseguinte, do processo administrativo disciplinar em razão do fato de que o impetrante foi notificado desse ato no dia que antecedeu a sua realização, contrariando a legislação de regência e os princípios da ampla defesa e do contraditório. 5. Segurança concedida.(STJ , Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 23/02/2005, S3 - TERCEIRA SEÇÃO)

CONCLUSÃO

A disciplina tem sido um dos elementos fundamentais dos grupos que cada Estado atribui a exclusividade do uso da força, através das armas, para atender aos seus interesses nacionais. No Brasil isso não é diferente, onde as Forças Armadas, a qual cabe esse papel, tem sua forma basilar esculpida pela hierarquia e a disciplina, expressamente previstas na Constituição.

A partir da noção de disciplina surge o Direito disciplinar militar, espécie dentro do Direito administrativo, regulando as relações dos servidores com a Administração Pública, permitindo a imposição de sanções, visando à preservação da disciplina e da hierarquia, pois sua manutenção é necessária ao bom andamento dos serviços prestados pelos militares, assim como colabora para que haja a valorização dos bons valores tão necessários a função de um servidor público. Obrigação que deve ser aplicada na condução do cargo perante a Administração Militar e através dela a manifestação do seu dever com o Estado, visando o bem comum.

A Lei Maior delegou competência, pelo inciso X do art. 142, para que lei complementar disponha sobre os direitos, os deveres, formas de ingresso, estabilidade e situações especiais dos militares, Essa referida lei já estava promulgada anteriormente, conhecida como o Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), delegando a cada força militar poder para aplicar regulamento disciplinar próprio, com a única ressalva de que a pena não ultrapassasse 30 dias.

Os regulamentos disciplinares aplicados aos militares são o instrumento utilizado pela Administração Militar para manter a disciplina interna, aplicando sanções administrativas de forma discricionária quanto à gravidade e a pena. Mesmo que haja uma restrição na aplicação de certas garantias fundamentais aos militares, como o *habeas corpus* em se tratando de punições disciplinares, só serão permitidas as exceções que estiverem expressas na Constituição e da forma em que forem determinadas. Esses regulamentos disciplinares, diga-se de passagem, carecem de constitucionalidade, mas são reconhecidos pelo Judiciário, no intuito de preservar a tão aclamada disciplina, visando o interesse público exercido sobre essa conservação. Mantém assim o pensamento de excepcionalidade que a Constituição determinou aos militares. Comparado aos demais ramos de trabalho e emprego, os militares estão sob exigências rígidas como é sua disciplina.

Esses regulamentos disciplinares, que a maioria das instituições militares revogou ou modificou após a nova Constituição, prescrevem quais são as faltas disciplinares e quais sanções poderão ser aplicadas, porém, não há menção sobre previsão de aplicação de prescrição de cada falta, somente a preclusão de atos processuais, diferente do que ocorre com os servidores públicos civis. Isso demonstra a disparidade das garantias processuais concedidas aos autuados frente à Administração Pública Militar, o que não encontra amparo constitucional algum.

Quanto aos tipos de processo administrativo disciplinar, podemos iniciar a classificação com o processo disciplinar sumário, representado pelo Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD) no Exército e na Aeronáutica e pelo Registro de Contravenções Disciplinares na Marinha, que são os modos sumários de julgamento e aplicação de sanções por essas instituições, podendo com elas restringir a liberdade de qualquer militar ou de levar a sua exclusão de sua instituição se este tiver vínculo temporário. Não há dúvidas que são processo e não mero procedimento, pois tem autonomia para aplicar sanções gerando controvérsia entre Administração e servidor.

Quanto à sindicância, deve haver cuidado na sua classificação, pois a realidade desse instrumento não se assemelha ao do servidor público civil, que prevê esse procedimento em seu estatuto. Nas várias normas expedidas pelas autoridades militares sobre sindicância, a única que teria capacidade de ser denominada como processo, seria a sindicância seguida pelo Exército, exceção dentro do regulamento dessa força que pode indicar a exclusão a bem da disciplina, além do fato que prevê a obrigatoriedade da aplicação do contraditório e da ampla defesa durante o processo. Nas demais instituições militares a sindicância não pode por si só aplicar qualquer punição, mas no máximo apontar a materialidade da falta disciplinar.

Aos outros processos administrativos disciplinares, possuem forma especial para aplicar sanções em militares com estabilidade, os chamados Conselho de Justificação (lei 5.836/72) para oficiais e Conselho de Disciplina para praças (decreto 71.500/72). São os únicos processos em que existe previsão de prescrição em seis anos, com prazo superior ao que a própria Administração Pública utiliza para o restante dos seus processos administrativos, o que ocorre em até cinco anos. Mesmo que exista tal previsão, as normas que regem o processo administrativo disciplinar militar deixa para a hermenêutica a resolução da incidência de interrupção

e suspensão desse prazo. A melhor forma de solucionar essa questão é da utilização de outras normas. A lei mais indicada para essa aplicação demonstra ser a Lei de Processos Administrativos, Lei 9.784/99. Quanta a ela, sua aplicação é indicada subsidiariamente sobre as lacunas deixadas quanto à suspensão, que só se ocorrerá em caso de força maior ou caso fortuito, e excluindo a hipótese de interrupção.

Há previsão nas normas dos processos administrativos disciplinares de Justificação e de Disciplina do uso do Código Penal Militar, estabelecendo o prazo prescricional quando o ilícito administrativo também for previsto como tipo penal militar. Nesse caso haverá a incidência das regras de Direito penal sobre esses prazos processuais, como interrupção, suspensão e variação temporal conforme a pena em abstrato ou em concreto. Mas a incidência da prescrição não termina por aí, já que a Constituição de 1988 trouxe a previsão da imprescritibilidade para determinados crimes, sendo eles o de racismo e o de grupos militares em atentados contra o Estado Democrático. Conclui-se que se forem cometidas faltas administrativas que possibilitem enquadramento nesses crimes, a força normativa da Constituição trará a única hipótese de não aplicação de prescrição.

Mesmo que o Conselho de Justificação seja híbrido, contendo fase administrativa e judicial, a recusa no reconhecimento judicial pelo Supremo Tribunal Militar da prescrição, não parece que invoque a competência de outro tribunal para revisão do julgamento, com exceção do STF se a matéria envolver afronta a Constituição. Pode estar em melhor posição às praças julgadas pelo Conselho de Disciplina, pois tem possibilidade de rever o ato administrativo no Judiciário, já que seu processo é inteiramente administrativo. A previsão de emenda constitucional ampliando a competência da Justiça Militar em matéria de punições disciplinares não aparenta mudar o quadro de deficiência desses regulamentos, mas sim perpetuá-los.

Também não se defende que sejam aplicadas as garantias idênticas às do processo penal, já que a sanção administrativa e a sanção penal guardam similaridades. A Administração Militar aplica o entendimento da diferença quantitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, embora o que distingue um do outro seja o regime no qual cada ilícito foi tipificado. Porém, mesmo que esse seja o entendimento expresso em cada regulamento disciplinar, em matéria de prescrição, os ilícitos penais têm um uso mais amplo do que do ilícito disciplinar

militar, pois pode-se constatar que haverá tipos penais com pequeno lapsos de prescrição, não acompanhado pelos tipos administrativos, pois estes não definem lapso prescricional.

A imprescritibilidade dos ilícitos administrativos não aparece no Texto Maior como regra aplicável ao processo administrativo disciplinar, por isso há capacidade de aplicação da prescrição em matéria disciplinar, visando à extinção de punibilidade do servidor das Forças Armadas. Apesar das classes de servidores públicos civis e militares terem compromissos éticos semelhantes, eles obtêm por parte da Administração Pública exigência disciplinar diferenciada sobre eles, onde os militares são tratados com maior rigor.

A omissão normativa obriga que se use outras normas que supram a desproporcionalidade da omissão de estabelecer prazo para a Administração Militar julgar atos dos seus servidores militares em matéria administrativa quando as faltas penais já possuem previsão. A norma mais indicada sem dúvida é a Lei 8.112/90, que traz para os servidores públicos federais civis prazos prescricionais de acordo com a falta cometida. Mesmo que haja diferenças de direitos e obrigações entre civis e militares, devido a subordinação ao mesmo ente normativo essa norma é apontada como a mais indicada. Além do fato que há similaridade de punições e sanções, com a ressalva que só no caso militar há pena com restrição de liberdade, o que poderia também poderia ser utilizada a lógica da prescrição penal, dando prazo dobrado ao da pena. Esse recurso do uso da analogia deve ser utilizado para que o imputado da transgressão disciplinar não sofra os efeitos da punibilidade estendida no tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Comentários ao código penal militar: parte geral. artigos 1º a 135*. Curitiba: Juruá, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo III. Pena e medida de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, José Armando da. *Termo inicial da prescrição disciplinar*. Portal da Corregedoria Geral dos Órgãos de Segurança Pública do Estado do Ceará. Artigos e Trabalhos Jurídicos. Disponível em: <http://www.sspds.ce.gov.br/miniPortal/file_bd?sql=FILE_DOWNLOAD_FIELD_ARQUIVO_DOWNLOAD¶metros=1445&extFile=pdf>. Acesso em 05-09-2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte, MG: Forum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MANOEL, Élio de Oliveira; ARDUIN, Edwayne A.A. *Direito disciplinar militar: teoria, prática e doutrina*. Curitiba: AVM, 2004.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade*. Leme: LED, 1997.

_____. *Da impossibilidade jurídica de instauração de conselho de justificação para apuração de conduta de oficial da reserva não remunerada*. JusNavigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3853>>. Acesso em: 10-09-2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito administrativo sancionador: as Sanções Administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Processo Penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo. Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: volume I: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RENO, Rogério Oliveira. *Prescrição da Punição Administrativa Disciplinar Vinculada a uma Falta-Crime*. In: RAMOS, Dircêo T.; COSTA, Ilton G. da; ROTH, Ronaldo J. *Direito Militar. Doutrina e Aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SALGADO, Eneida Desirée. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte, MG: Forum, 2007.

_____. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte, MG: Forum, 2010.

SILVA, Edson Jacinto da. *Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar. Teoria e prática*. 3. ed. Campinas: Servanda, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TUCUNDUVA SOBRINHO, Ruy Cardozo de Mello. *Prescrição no processo administrativo disciplinar*. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11112011-133122/>>. Acesso em: 05-09-2014.